Probleme des Ehegesundheitsgesetzes

Abhandlung
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

Eberhard H. R. Auras
Gerichtsreferendar aus Gladbeck i. W.

1938

Bonner Universitäts-Buchdruckerei Gebr. Scheur Bonn

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. K. Th. Kipp und Dr. H. Dölle

Die Arbeit ist Ende September 1937 abgeschlossen worden

Inhaltsübersicht

Einleitung:

Hauptteil:

Probleme des Ehegesundheitsgesetzes.

Seite

Schrifttum.

Brandis, Ernst: Die Ehegesetze von 1935. Berlin 1936.

— Ehehindernisse und Ehenichtigkeit. In: Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36, herausgeg. von Volkmar, Elster, Küchenhoff, zugleich Handwörterb. d. Rechtswissensch. Bd. VIII: Der Umbruch. 1933—1936, S. 147.

— Eheanfechtung. Ebenda S. 151.

— Mißbräuche bei der Eheschließung. Ebenda S. 150.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 2. Abteilung: Familienrecht, 8. und 9. Aufl., Berlin 1908.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band: Allgemeiner Teil. 13. Bearb. 1931.

Elster, Alexander: Analogie und Formalrecht. Handwörterb. d. Rechtswissensch. Bd. VIII, S. 21.

Fischer, H. A.: Familie und Erbe. Berlin 1936.

— Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft. In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 117 S. 143 f.

Gaupp: Der § 1333 des Bürgerlichen Gesetzbuches. In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 104 S. 365.

Goldmann: Der elterliche Heiratskonsens. In: Das Recht. 1904. S. 131.

Grunau: Ehetauglichkeit. Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936, Heft 4 S. 237.

— Erbkrankheit und Ehenichtigkeit. In: JW. 1935 S. 3080.

Gütt-Linden-Maßfeller: Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz. Gesetze und Erläuterungen. München 1936.

Haff, K.: Der Sippengedanke im Deutschen Recht. In: Deutsches Recht 1935, S. 84.

Henle, Rudolf: Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung. In: Festschr. f. Zitelmann (zu seinem 60. Geburtstag). München und Leipzig 1913.

Hubernagel: Doppelwirkungen und Konkurrenzen. In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 137 S. 205 ff.

— Doppelwirkungen im Zivilrecht. In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 138, S. 224 ff.

— System der Doppelwirkungen im Zivilrecht. Breslau 1935.

Jancke, Herbert: Ehestandsdarlehen und Förderung der Eheschließungen. In: Die Rechtsentwicklung... von Volkmar, Elster und Küchenhoff; zugleich HdR. VIII S. 144.

Kipp, Theodor: Ueber Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Festschr. d. Berl. Jurist. Fakultät f. Ferd. v. Martitz zum 50jähr. Doktorjubiläum. Berlin 1911. S. 210 ff.

Knitschky: Ueber die Anfechtung der Ehe bevormundeter Personen. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 345.

Knothe, H. A.: Heilung der Ehenichtigkeit trotz Nichtigkeitsurteil? In: JW. 1935 S. 3428.

Lent, Friedrich: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. 2 Bände, 1912 und 1916.

Leonhard, Franz: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. V. Buch: Erbrecht. 2. Aufl. Berlin 1912.

Liebnitz, Gerd.: Eheanfechtung wegen Gefährdung der Nachkommenschaft. Deutsche Justiz 1935 S. 1522.

Maßfeller, Franz: Heilung der Ehenichtigkeit trotz Nichtigkeitsurteil? In: JW. 1935 S. 3429.

– Die Grundsätze der Erb- und Rassenpflege im Deutschen Familienrecht. Zeitschrift d. Ak. f. D. R. 1935 S. 763.
– Das Ehegesundheitsgesetz und die erste Durchführungsverordnung hierzu. Deutsche Justiz 1935 S. 1875.
– Erbpflege und Eheberatung. JW. 1935, S. 2105 ff.
– Das Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes vom 18. Oktober 1935 (Ehegesundheitsgesetz). In: JW. 1935 S. 3065.
– Erbkrankheit und Eheanfechtung. Deutsche Justiz 1936 S. 1287.
– Antworten auf Fragen zur deutschen Gesundheitsgesetzgebung. In: Deutsche Justiz 1936 S. 1846.
– Nationalsozialistische Neugestaltung des Eherechts. In: DJZ. 1936 Sp. 607.

Mitteis, Heinrich: Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe d. Jurist. Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des Reichsgerichts. Bd. III, S. 180 ff.

Peter, Karl: Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen. Ein Beitrag zu dem Problem der Doppelwirkungen. In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 132 S. 1 ff.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. IV 1, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

v. Staudinger-Riezler: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Einführungsgesetz. Bd. I: Allgemeiner Teil, erläutert von Riezler, 10. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1936.

Schima, H.: Die Vertretung des Staates vor den Bürgerlichen Gerichten. In: Judicium, Vierteljahrschr. f. d. ges. Zivilrechtspflege. 2. Jahrg. 1929/30 S. 264 f.

Schmidt, Rudolf: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. München 1915.
Schmidt-Klevenow: Ehegesundheitsgesetz und unfruchtbare Ehen. In: Deutsches Recht 1937 S. 28.
Schneider, H.: Eheanfechtung und Neugestaltung des Eherechts. In: Deutsches Recht 1936, S. 268.
Sperl, Hans: Neuerungen im Ehestreitverfahren. In: DJZ. 1928, Sp. 1126.
Stoll, Heinrich: Vertrag und Unrecht. 1. Halbband. Tübingen 1936.
Stuckart-Globke: Kommentar zur deutschen Rassengesetzgebung, Bd. I, Reichsbürgergesetz, Blutschutzgesetz, Ehegesundheitsgesetz. München und Berlin 1936.
Thiesing, Adolf: Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907.
Zepos, Pan. J.: Die Unmöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht. In: Arch. f. Rechts- und Sozialphilos. 1933–1934. Bd. 27 S. 480 ff.
Zitelmann, Ernst: Zum Recht der Eheanfechtung. In: Aus Römischem und Bürgerlichem Recht. Festschr. f. Bekker zum 16. Aug. 1907, S. 144 f.
— Lücken im Recht. Leipzig 1903.

Einleitung

§ 1: In welcher Weise konnten schon vor dem Umbruch des Jahres 1933 auf Grund von Bestimmungen des IV. Buches des BGB. Grundsätze und Erkenntnisse der Erb- und Rassenpflege berücksichtigt werden?

I. Dem Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches fehlt eine planmäßige Berücksichtigung von erbbiologischen und rassenhygienischen Gesichtspunkten. Diese Tatsache darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es auf Grund der Technik unseres Gesetzes möglich i s t und vor allem schon vor dem Umbruch des Jahres 1933 möglich w a r, jenen Grundsätzen im Einzelfalle Geltung zu verschaffen. Mittel dazu sind z. B. die §§ 1304 und 1305 BGB.

1. *§ 1304 BGB.* Abs. 1 ordnet an, daß, wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, zur Eingehung einer Ehe der E i n w i l l i g u n g s e i n e s g e s e t z l i c h e n V e r t r e t e r s bedarf. Und zwar kommt die Entscheidung demjenigen gesetzlichen Vertreter zu, der zur Zeit der Eheschließung die Vertretung in Angelegenheiten der Personensorge hat [1]. Denn es kann, insbesondere nach der geschichtlichen Entwicklung [2], nicht zweifelhaft sein, daß es sich bei dieser Einwilligung um einen Akt der Personenfürsorge für das Kind oder den Mündel handelt. Demgemäß muß Richtschnur für Erteilung oder Versagung der Einwilligung, wie auch § 1304 Abs. 2 erkennen läßt, das wohlverstandene Interesse des Kindes oder Mündels sein. Damit aber ist (und war von jeher!) die Möglichkeit weitgehender Verwirklichung erbbiologischer und rassenhygienischer Forderungen gegeben.[3]

---

[1] Herrsch. Meinung; statt vieler: P l a n c k, Bem. 2 zu § 1304.

[2] Darüber E n d e m a n n II 2, S. 126 ff.

[3] Diese Möglichkeit erkennt z. B. schon E n d e m a n n II 2, S. 179 Anm. 15 und S. 196 Anm. 3 an — er hält es (für das Jahr 1908 begreiflich) nur

Ein verständiger und verantwortungsbewußter gesetzlicher Vertreter wird, bevor er dem Wunsche des Kindes oder Mündels um Erteilung der Einwilligung zu der beabsichtigten Eheschließung nachkommt, nicht nur die maßgebenden Ueberlegungen für die Person des von ihm zu Betreuenden anstellen, sondern vor allem auch Erkundigungen über den körperlichen und geistigen Gesundheitszustand des zukünftigen Gatten einholen, sich insbesondere vom Nichtvorhandensein ansteckender Krankheiten, wie Syphilis, Tripper, Tuberkulose, überzeugen und erst auf dieser Grundlage seine Entscheidung treffen. Desgleichen kann die rassische Herkunft des Verlobten für die Erteilung der Einwilligung ausschlaggebend sein.

2. Diese Gesichtspunkte sollten auch für die Erteilung der elterlichen Einwilligung *(§§ 1305 ff. BGB.)* maßgebend sein. Allerdings können sie so wirksam wie mittels des § 1304 BGB. auf Grund dieses Instituts nicht durchgesetzt werden. Das ergeben die Folgen, die das Gesetz an die Nichtbeachtung der Entscheidung eines gesetzlichen Vertreters bzw. an die der Eltern knüpft: Wer ohne elterliche Einwilligung heiratet, schließt eine gültige Ehe,[4] dagegen ist die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossene Ehe anfechtbar gemäß § 1331 BGB. Der obigen Argumentation kann nicht entgegengehalten werden, die Nichteignung der angeführten Bestimmungen zur Verwirklichung erbbiologischer Grundsätze ergäbe sich aus der Tatsache, daß trotz ihrer Existenz jenen Gedanken so oft zuwidergehandelt worden sei. Dieser Vorwurf trifft nicht das Gesetz, sondern die es nicht richtig anwendenden Menschen.

II. Neben diesen Bestimmungen, deren richtige Handhabung es ermöglicht, junge Menschen vor Eheschließungen zu schützen, die von vornherein den Keim des Zerfalls in sich tragen, weist das IV. Buch des BGB. Vorschriften auf, auf Grund deren Verbindungen gelöst oder sonstwie beseitigt werden können, die erbbiologischen und rassischen Gesichtspunkten zuwider eingegangen worden sind.

---

nicht für sicher, ob von dieser Möglichkeit immer sachgemäß Gebrauch gemacht werde.

[4] Freilich hat er einige Unannehmlichkeiten hinzunehmen, vgl. §§ 1621, 1661 BGB.

1. So berechtigt *§ 1298 Abs. 3 BGB.* den Verlobten zum Rücktritt vom Verlöbnis, ohne daß eine Verpflichtung zum Ersatz etwa gemachter Aufwendungen entstünde, wenn ein „wichtiger Grund" vorliegt. Mit Recht hat der Gesetzgeber gerade hier, wo es um Menschenschicksale geht, dem pflichtgemäßen Ermessen des Richters in der Beurteilung des einzelnen Falles mit jener umfassenden (und aus zahlreichen anderen Bestimmungen bekannten) Formel sehr weiten Spielraum gelassen. Unsere Gerichte haben sich der ihnen anvertrauten Verantwortung gerade auch auf dem im gegenwärtigen Gedankenzusammenhange interessierenden Gebiete gewachsen gezeigt und z. B. in großem Umfange Krankheiten, insbesondere ansteckende oder gar erbliche, als Rücktrittsgrund anerkannt [5]. Erfährt demnach ein Verlobter von einer ansteckenden Krankheit des anderen oder zeigt sich beim Partner ein geistiger Defekt, so liegt ein wichtiger Grund zum Rücktritt vor.

2. Auch *§ 1325 BGB.* ist in diesem Zusammenhang zu nennen. Der Eigenart unseres Gesetzes folgend, das in der Ehe in erster Linie den durch zwei Willenserklärungen zustandekommenden Vertrag sieht, spricht die Vorschrift zwar von Geschäftsunfähigkeit und vom Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit und hebt damit die rechtsgeschäftliche Folge des tatsächlichen biologischen Zustandes, nämlich der Jugend oder der geistigen Erkrankung, hervor. Hier interessiert aber mehr die Tatsache, daß dieser Bestimmung gemäß der biologische Tatbestand Geisteskrankheit Grundlage für die Erhebung der Ehenichtigkeitsklage sein kann.

3. Geisteskrankheit kann auch Scheidungsgrund sein. Freilich knüpft *§ 1569 BGB.* die Scheidung an sehr strenge Voraussetzungen [6]; daher kommt dieser Vorschrift nur geringe praktische Bedeutung zu.

4. Von weit größerer Wirksamkeit unter dem hier erörterten Gesichtspunkt ist *§ 1331 BGB.:* können doch auf Grund dieser Vorschrift all die Umstände berücksichtigt werden, die für die Erteilung oder Vorenthaltung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 1304

[5] Vgl. über Krankheiten als Rücktrittsgrund ausführlich: Neubecker, BürgA. 31, 255 ff. Einige hervorstechende Beispiele aus der Praxis unten S. 12 f.
[6] Vgl. dazu besonders RGZ. 97, 340 ff.; 98, 295 ff.

BGB. maßgebend sein sollen. So kann der gesetzliche Vertreter nach § 1336, II BGB. durch Anfechtung eine Ehe zur Vernichtung führen, wenn der Partner seines Mündels gefährlich ansteckend krank oder geistig minderwertig ist und dem Rate des Vertreters, von der Eheschließung abzusehen, nicht Folge geleistet worden ist.

5. Die größte Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Vorschrift des *§ 1333 BGB.* zu. Auch hier ermöglicht gerade die weite Fassung die Berücksichtigung der Erkenntnisse der Erbbiologie und Rassenlehre.

6. Auch *§ 1334*, unter Umständen auch *§ 1335 BGB.* sind hier zu nennen; kann doch jemand über gesundheitliche oder rassische Eigenschaften seines Ehepartners vor der Eheschließung getäuscht werden oder von einem kranken Menschen durch Drohung zur Eheschließung veranlaßt worden sein.

7. Schließlich bedarf es des Hinweises auf *§ 1353 BGB.*, wonach ein Ehegatte dem Verlangen seines Gatten auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft dann nicht nachkommen muß, wenn sich das Verlangen als Mißbrauch des Rechts darstellt. Einen Mißbrauch des Rechts aber würde es z. B. bedeuten, wenn ein mit einer ansteckenden Krankheit behafteter Mann von seiner Gattin die Leistung der ehelichen Pflicht verlangen würde.

III. An Hand einiger Entscheidungen unserer höheren Gerichte, insbesondere des Reichsgerichts — der Rahmen der vorliegenden Arbeit läßt nur eine ganz kleine Auswahl zu! — soll im Folgenden dargelegt werden, wie in der Praxis von den in Frage stehenden Vorschriften im Sinne der obigen Ausführungen Gebrauch gemacht worden ist.

1. Als wichtiger, den Rücktritt vom Verlöbnis rechtfertigender Grund ist z. B. angesehen worden: frühere Geschlechtskrankheit [7]; Tuberkulose [8]; überhaupt eine die Nachkommenschaft gefährdende Krankheit, selbst wenn der Zurücktretende sie schuldhaft erworben haben sollte [9];

---

[7] OLG. Jena Seuff A. 66, 410.
[8] OLG. Karlsruhe und Braunschweig OLGE. 7, 44; 21, 210.
[9] LG. Dessau JW. 1927, 1225.

auch schon die Tatsache, daß der künftige Ehepartner morphiumsüchtig und gewalttätig war und einen geisteskranken Bruder hatte [10]. Besondere Hervorhebung verdient noch eine Entscheidung des Kammergerichts, in der mit Recht ausgeführt wird, daß jeder Verlobte bei Auftreten besorgniserregender gesundheitlicher Erscheinungen (es handelte sich in jenem Falle um einen Hautausschlag und trockenen Husten) verpflichtet sei, sich ärztlich untersuchen zu lassen und das Ergebnis mitzuteilen — hartnäckige Verweigerung solcher Untersuchung könne dem anderen Verlobten einen wichtigen Grund zum Rücktritt geben [11].

2. Besonders reichhaltig ist die Rechtsprechung zu *§ 1333 BGB*. Die weite Fassung dieser Bestimmung veranlaßte das Reichsgericht zu folgender Definition des Begriffes „persönliche Eigenschaft": „Als persönlich muß eine Eigenschaft gelten, wenn sie einer Person und zwar nicht nur als etwas außer ihr Liegendes, mehr oder weniger Vorübergehendes oder Zufälliges, sondern dergestalt wesentlich zukommt, daß sie als Ausfluß und Betätigung ihres eigentlichen Wesens, als ein integrierender Bestandteil ihrer Individualität erscheint".[12]

a) Es erhellt sofort, daß unter den hier in Betracht kommenden Umständen Krankheiten und körperlichen Merkmalen besondere Bedeutung zukommen muß. Aber nicht jede Krankheit anerkennt das Reichsgericht als Anfechtungsgrund, sondern nur dann sieht es den Tatbestand des § 1333 BGB. für gegeben an, wenn das Leiden unheilbaren Charakter trägt,[13] und eine Anlage zu einer Krankheit rechtfertigt nach der früheren Auffassung des Reichsgerichts [14] die Anfechtung erst, wenn sie mit Notwendigkeit zu einer unheilbaren Erkrankung führen muß [15]. In Anwendung dieser Grundsätze versagte das Gericht z. B. das Anfechtungsrecht in einem Falle, wo die Klägerin vom Sachverständigen als ungewöhnlich belastet erklärt wurde mit Rücksicht auf ihre Familie, in der zahlreiche Störungen der Geistes- und Nerven-

---

[10] RG. JW. 1907, 178.
[11] KG. JW. 1920, 979.
[12] RGZ. Bd. 52 S. 310.
[13] RGZ. IV 64/20 vom 1. VII. 1920, zit. bei Mitteis a.a.O. S. 193.
[14] Ueber den heutigen Standpunkt des RG. vgl. unten S. 15 f.
[15] Warn. Rspr. 1915 Nr. 22 S. 26.

tätigkeit aufgetreten waren, und wo deshalb mit Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen war, daß auch bei der Klägerin Spuren geistiger Erkrankung in Zukunft hervortreten würden [16].

Im Rahmen dieser Schranken ließ das Reichsgericht die Anfechtung zu, weil die Beklagte neben einer dauernden intellektuellen Störung an chorea (Veitstanz) litt [17], und sprach in einem anderen Fall dem Kläger das Anfechtungsrecht zu, wo die Beklagte bei Eingehung der Ehe bereits fallsüchtig war; allerdings wurde insbesondere geprüft, ob die Häufigkeit und Heftigkeit der Anfälle eine Gefährdung des ehelichen Lebens und des Nachwuchses hervorriefen [18].

Ebenso hat das Reichsgericht unheilbare Knochentuberkulose als persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 BGB. und den entsprechenden Irrtum darüber als das Anfechtungsrecht für den irrenden Gatten begründend angesehen [19]. Dabei hat der Gerichtshof insbesondere darauf hingewiesen, daß an die Feststellung der Unheilbarkeit des Leidens keine allzu großen Anforderungen gestellt werden dürfen. Es muß vielmehr der Verlauf, den die Krankheit ärztlicher Erfahrung nach nehmen wird, als im Rechtssinne hinreichend sicher angesehen werden.

Daß auch multiple Sklerose Grund für eine Eheanfechtung sein kann, zeigt das Urteil in Warn. Rspr. 1933 Nr. 81.

Auch die syphilitische Erkrankung einer Person kann eine körperliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 BGB. sein [20]. Insbesondere hat das Reichsgericht eine längere Zeit vor der Eheschließung erfolgte Ansteckung des Mannes mit Syphilis, deren Symptome bis in die neueste Zeit vor Eingehung der Ehe fortbestanden haben, für geeignet gehalten, ein Anfechtungsrecht des anderen Gatten zu begründen. Allerdings genügen dafür bloße Verdachtsgründe nicht. Ebenso ist eine nur vorübergehende Erkrankung vor der Eheschließung, wenn sie auch schwererer Art war, in der Regel nicht ausreichend, um das Anfechtungsrecht zu begründen [21].

---

[16] RGZ. Bd. 73 S. 134.
[17] Recht 1908 Nr. 1212.
[18] Lpz. Ztschr. 1918 S. 913.
[19] Warn. Rspr. 1917 Nr. 210.
[20] JW. 1904 S. 284.
[21] JW. 1927 S. 1191.

Ausschlaggebend für Bestehen oder Nichtbestehen des Anfechtungsrechtes ist vielmehr die Feststellung, ob das Leiden im Zeitpunkt der Eheschließung wenigstens in seinen Folgen noch bestand [22].

b) Aus der neueren Rechtsprechung zu *§ 1333 BGB.* ist die Stellungnahme des Gerichtshofes zu den Erbkrankheiten interessant. In RGZ. Bd. 145 S. 11 erkennt das Gericht Schizophrenie als Anfechtungsgrund an und läßt unberücksichtigt, ob etwa besondere Umstände, wie schlechte Behandlung seitens des Ehemannes, den Ausbruch der Krankheit gefördert haben.

Bei Vorhandensein einer Veranlagung zu einer Geisteskrankheit läßt das Gericht neuerdings sogar ausdrücklich das sonst genau berücksichtigte Erfordernis fallen, daß die Anlage mit Notwendigkeit zur Erkrankung habe führen müssen und erklärt: „Bei der Bedeutung, die der Ehe . . . zukommt, rechtfertigt sich die Annahme des in Rede stehenden Tatbestandsmerkmals des § 1333 BGB. schon dann, wenn zur Zeit der Eheschließung die begründete Besorgnis bestand, daß sich aus einer vorhandenen Anlage schon nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge . . . eine Geisteskrankheit entwickeln werde [23].

Noch einen Schritt weiter geht das Reichsgericht in dem Urteil RGZ. Bd. 152 S. 147 ff., insbesondere S. 149, 150. Dort wird ausgeführt, entscheidend für das Anfechtungsrecht des § 1333 BGB. sei — falls die übrigen Voraussetzungen jener Vorschrift vorlägen — allein das Vorhandensein einer auf die Nachkommen vererblichen Anlage zu einer Geisteskrankheit. Keine Bedeutung hingegen komme dem Umstand zu, ob es während der Ehe tatsächlich zum Ausbruch der Krankheit komme oder nicht. Wenn aber der während der Ehe tatsächlich eingetretene Ausbruch des Leidens durch besonders mißliche Umstände, insbesondere durch das eigene schuldhafte Verhalten des anfechtenden Gatten herbeigeführt worden sei, so könne dem Kläger nicht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengesetzt werden, da dessen Anfechtungsrecht nicht auf dem von ihm verschuldeten Ausbruch der Krankheit, sondern auf dem

---

[22] RGZ. Bd. 103 S. 324.
[23] RGZ. 148, 398.

schon bei Eingehung der Ehe vorhandenen Zustand der Beklagten, nämlich ihrer krankhaften und vererblichen Anlage beruhe.

In einer anderen Entscheidung [24] bezeichnet das Reichsgericht als rechtsirrtümlich die Auffassung des Berufungsgerichtes, daß die Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums beschränkt bleiben müsse auf diejenigen Fälle, in denen die Erbkrankheit bei dem anderen Gatten bereits manifest geworden sei.

Allerdings – so führt das Reichsgericht weiter aus – unterscheiden sich die Fälle, in denen eine Manifestation der Erbkrankheit bei dem anderen Gatten bereits stattgefunden hat, erheblich von denen, in welchen das nicht der Fall ist, hinsichtlich der an die Beweisführung des anfechtenden Gatten zu stellenden Anforderungen.

In den ersten Fällen muß der Kläger nur dartun, daß es sich bei dem Anfechtungsgegner um eine Erbkrankheit handelt und welcher Art sie ist. Dann kann nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft häufig der Schluß gezogen werden, daß die ausgebrochene Krankheit nicht nur vererblich, sondern auch ererbt ist und daß daher der erkrankte Gatte auch schon zur Zeit der Eheschließung Träger dieser Anlage gewesen ist.

Ist hingegen eine Manifestation noch nicht eingetreten, so muß der Kläger auf eine andere Art beweisen, daß sein Gatte Träger einer ererbten und vererblichen Anlage ist. Jedenfalls muß er soviel dartun, daß nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft mit größter Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß der andere Gatte Anlageträger ist und daß die Nachkommen des Anlageträgers dadurch in erheblich höherem Maße der Gefahr einer geistigen Erkrankung ausgesetzt sind als die Durchschnittsbevölkerung.

In einer Anmerkung zu dieser Entscheidung bringt Maßfeller [25] zum Ausdruck, ein einigermaßen gesichertes Urteil darüber, ob eine Person Anlageträger für Schizophrenie sei oder nicht, sei nur möglich, wenn entweder

a) beide Elternteile schizophren waren, oder

b) zwar nur ein Elternteil schizophren war, die Person selbst aber als

---

[24] RGZ. Bd. 153 S. 78 ff.
[25] JW. 1937, 619.

schizophrenieähnlicher Psychopath oder sonst geistig abnormer Typ anzusehen ist, oder

c) nur ein Elternteil schizophren war, die Person selbst aber schon ein Kind geboren hat, das schizophren oder schizophrenieähnlich ist.

3. Die Bedeutung von Krankheiten im Rahmen von *§ 1353 BGB.* mögen folgende Urteile dartun: Eine unverschuldete Krankheit des einen Ehegatten entbindet den anderen zwar noch nicht von seiner Verpflichtung, das Zusammenleben zu ertragen, wenn es mit Geduld und Nachsicht und ohne Gefährdung der Zwecke der Ehe möglich ist. Jedoch stellt das Verlangen eines Gatten nach Herstellung der häuslichen Gemeinschaft einen Rechtsmißbrauch dar, wenn der Gatte geschlechtskrank ist[26], und selbst ein Verdacht der Geschlechtskrankheit und die Möglichkeit der Ansteckung rechtfertigen die Weigerung des anderen, die häusliche Gemeinschaft herzustellen[27].

§ 2: Sonstige gesetzliche Maßnahmen, in denen erbbiologische Gedanken zum Ausdruck kommen.

I. Auch die Gesetzgebung der Nachkriegszeit hat sich nicht entschließen können, das Eheschließungsrecht nach einheitlichen gesundheitlichen Richtlinien neu zu ordnen. Dafür sind Gründe mannigfacher Art maßgebend gewesen. Immerhin zeigen einige gesetzgeberische Maßnahmen, daß man die Wichtigkeit des Problems keineswegs verkannte. So wurde im Reichsgesetz vom 11. Juni 1920 den Standesbeamten zur Pflicht gemacht, vor Erlaß des Aufgebots den Verlobten, Vormündern und Vätern ein „Merkblatt" auszuhändigen, dessen vom Reichsgesundheitsamt verfaßter Text auf die Wichtigkeit einer ärztlichen Untersuchung vor der Eheschließung hinwies. Darin hieß es u. a.:[28] „Verlobter und Verlobte, jede von beiden, sollen zu einem Arzt, der ihr Vertrauen genießt, gehen und ihn um ein sachverständiges Urteil bitten . . ."

---

[26] JW. 1907 S. 178.
[27] Lpz. Ztschr. 1923 Sp. 277.
[28] zit. bei Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 26 unten.

„Frei und offen sollen sie dort die volle Wahrheit sagen. Zu Besorgnis liegt kein Grund vor, denn der Arzt und die Beratungsstelle müssen Verschwiegenheit wahren, setzen sich sogar strafrechtlicher Verfolgung aus, wenn sie diese Pflicht verletzen. Wird angesichts des augenblicklichen Gesundheitszustandes der Eheschließung widerraten, so sollen die Verlobten auf Vernunft und Gewissen hören und von der Eheschließung vorläufig Abstand nehmen".

II. Blieb es bei dem Merkblatt bei einem unverbindlichen Rat, dessen Befolgung der Einsicht oder Unvernunft der Verlobten überlassen wurde, so war das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927 in dieser Hinsicht etwas wirksamer, indem es den einer Bestrafung mit Gefängnis bis zu drei Jahren aussetzte, der, obschon er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß er an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Geschlechtskrankheit leidet, eine Ehe eingeht, ohne den Verlobten von seinem Gesundheitszustand unterrichtet zu haben (§ 6). Daneben ordnet das Gesetz einen Heilzwang für geschlechtskranke Personen an und sieht die Möglichkeit der Einholung von Gesundheitszeugnissen vor von Personen, die verdächtig sind, geschlechtskrank zu sein (§ 4). Für das Gebiet des materiellen Eheschließungsrecht bedeutet die Strafdrohung des § 6 ein Eheverbot. Die Gültigkeit einer verbotswidrig geschlossenen Ehe wird freilich nicht berührt.

§ 3: Die von der nationalsozialistischen Regierung getroffenen erb- und rassenpflegerischen Maßnahmen.

I. Maßnahmen ausmerzender Erb- und Rassenpflege.

Die von der nationalsozialistischen Regierung erlassenen gesetzgeberischen Maßnahmen der Erb- und Rassenpflege zerfallen in zwei Gruppen, von denen die eine ausmerzenden, die andere fördernden [29] Charakter trägt. Ausmerzende Erb- und Rassenpflege treiben heißt: „Alles,

---

[29] Die Begriffe sind von Gütt geprägt, in Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 5.

was die Art und Rassenerhaltung hindert, muß von der Fortpflanzung ferngehalten werden". Die fördernde Erb- und Rassenpflege bezweckt, „alles, was der Vermehrung erbgesunder, wertvoller deutschblütiger Menschen dient",[30] zu fördern. Maßnahmen ausmerzender Art sind das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 529) nebst den zu seiner Aenderung erlassenen Gesetzen, ferner das am 24. November 1933 erlassene Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, das in das Strafgesetzbuch als § 42 k eingefügt wurde.

II. Maßnahmen der fördernden Erb- und Rassenpflege.

1. Die Reihe der Gesetze fördernder Erb- und Rassenpflege eröffnete die Reichsregierung mit dem Erlaß des Gesetzes über Förderung der Eheschließungen vom 1. Mai 1933 (RGBl. I S. 323, 326). Das Gesetz stellt einen Abschnitt (Abschnitt V) innerhalb des Gesetzes zur Verminderung der Arbeitslosigkeit dar und verfolgt in erster Linie eine Entlastung des weiblichen Arbeitsmarktes.[31] Es ist durch das Gesetz und das zweite Gesetz zur Aenderung des Gesetzes über Förderung der Eheschließungen vom 28. März 1934 (RGBl. I S. 253) und vom 24. Januar 1935 (RGBl. I S. 47) abgeändert und durch vier Durchführungsverordnungen ergänzt worden. Neben jenen Zwecken hat es aber zum Ziel, die durch die wirtschaftliche Lage der letzten Jahre unterbliebenen Eheschließungen nachholen zu helfen durch Gewährung von Ehestandsdarlehn.

Der erb- und rassenpflegerisch fördernde Charakter des Gesetzes zeigt sich besonders in den beiden ersten Durchführungsverordnungen vom 20. Juni 1933 und 26. Juli 1933 (RGBl. I S. 377 und S. 540), die anordnen, daß das Ehestandsdarlehn nicht gewährt wird, wenn einer der beiden Verlobten an vererblichen geistigen oder körperlichen Gebrechen leidet, die seine Verheiratung als nicht im Interesse der Volksgemeinschaft erscheinen lassen. Weiterhin darf ein Ehestandsdarlehn nicht ge-

---

[30] a.a.O. S. 5.
[31] Jancke a.a.O., S. 144.

währt werden, wenn einer der beiden Verlobten zur Zeit der Antragstellung an Infektionserkrankungen oder sonstigen das Leben bedrohenden Krankheiten leidet. Die vor Erteilung des Darlehns notwendige Untersuchung muß von einem beamteten Arzt vorgenommen werden (§ 5 II. DurchfVO.). Eine Förderung der Erzeugung von Kindern sucht das Gesetz dadurch zu erreichen, daß der Staat bei der Geburt jedes in der Ehe lebend geborenen Kindes 25 v. H. des Darlehns erläßt.

2. Den untersuchenden Aerzten erteilte der Reichsinnenminister zusammen mit dem Reichsgesundheitsamt Richtlinien, die in dem Erlaß vom *16. III. 1934* (Reichsgesundheitsblatt 1934 S. 269 ff.) mitgeteilt wurden.

3. Ein weiterer Schritt auf dem Wege zu einer einheitlichen Regelung des Eheschließungsrechtes unter gesundheitlichen Gesichtspunkten war die vom Reichsminister des Innern durch den Erlaß vom 1. April 1935 [32] angeordnete Einrichtung von Beratungsstellen für Erb- und Rassenpflege bei den Gesundheitsämtern, deren Aufgabe die Eheberatung ist. In einem Rundschreiben des Reichsministers des Innern vom 21. Mai 1935 [33] sind Grundsätze für die Errichtung und Tätigkeit der Beratungsstellen für Erb- und Rassenpflege aufgestellt und ihre Sicherstellung den Gesundheitsämtern zur Pflicht gemacht worden. Danach sollen die Gesundheitsämter beratend und begutachtend tätig werden.

4. Auch den zuletzt erwähnten Maßnahmen hafteten noch erhebliche Mängel an: es bestand keine Pflicht, sich beraten zu lassen, und niemand brauchte deswegen von einem Heiratsplan abzustehen, weil ihm ärztlich — wenn auch noch so dringend — von der Eheschließung abgeraten worden war. Der eingeschlagene Weg mußte also folgerichtig vom Gesetzgeber weitergegangen werden durch Einführung der obligatorischen Eheberatung und durch Aufstellung von Eheverboten. Diesen Abschluß der Entwicklung brachte das am 18. Oktober 1935 erlassene Ehegesundheitsgesetz.

---

[32] Abgedruckt bei Gütt-Linden-Maßfeller, a.a.O., S. 283.

[33] Abgedruckt bei Stuckart-Globke, a.a.O., S. 234 ff.; Einzelheiten und guter Ueberblick bei Maßfeller, Erbpflege und Eheberatung, JW. 1935, 2105 ff.

Im folgenden sollen nun einige Probleme dieses Gesetzes erörtert werden. Dabei handelt es sich vor allem um das Konkurrenzverhältnis der Ehenichtigkeit des Ehegesundheitsgesetzes zu den Ehenichtigkeits- bzw. Eheanfechtungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, während im zweiten Teil vier Probleme innerhalb des Gesetzes behandelt werden.

Hauptteil:
Probleme des Ehegesundheitsgesetzes.

§ 4: Einführung in die Problematik des Gesetzes.

Wie aus den einleitenden Bemerkungen hervorgeht, ist das Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes ein Schlußstein in den von der Regierung erlassenen Maßnahmen der fördernden Erb- und Rassenpflege.

Die Errichtung neuer Ehehindernisse darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Gesetz aufbauend wirken will. Sein *Schwerpunkt* liegt nicht in den Ehehindernissen, sondern in der *Schaffung der obligatorischen Eheberatung*[34].

Der Gesetzgeber hat im § 1 des EGG. eine Reihe von Tatbeständen geschaffen, bei deren Vorliegen die Eheschließung verboten ist. Eine entgegen diesen Verboten geschlossene Ehe ist nach § 3 Abs. 1 d. Ges. nichtig, wenn die Ausstellung des Ehetauglichkeitszeugnisses oder die Mitwirkung des Standesbeamten bei der Eheschließung von den Verlobten durch wissentlich falsche Angaben herbeigeführt worden ist. Abs. 2 der Bestimmung ordnet die Heilung der Ehenichtigkeit für den Fall an, daß das Ehehindernis später wegfällt. Da nun aber die Tatsache der Eheerschleichung niemals wegfallen kann, ist zu folgern, daß das Gesetz mit dem dort gebrauchten Begriff „Ehehindernis" nur die Tatbestände des § 1 meinen kann.

---

[34] Eingehende Erörterung über Sinn und Zweck des Gesetzes unten S. 70 ff.

Man gelangt demnach zu der Feststellung, daß im Gegensatz zu den Nichtigkeitsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches[35] hier im Ehegesundheitsgesetz das Verbot der Eingehung einer Ehe und der Nichtigkeitsgrund nicht identisch sind, daß vielmehr das Verbot nur einen Teil des Nichtigkeitsgrundes ausmacht, denn erst wenn sich zu dem objektiven Verstoß des § 1 EGG. ein bestimmtes in § 3 Abs. 1 EGG. näher gekennzeichnetes subjektives Verhalten beider Verlobten gesellt, ist der Nichtigkeitsgrund gegeben.

Das Ehehindernis des EGG. wird mithin erst durch das subjektive Verhalten der Verlobten zum Nichtigkeitsgrund qualifiziert.

Angesichts dieser Tatsache darf man sich fragen, ob überhaupt die in § 1 EGG. niedergelegten Verbote als Ehehindernisse bezeichnet werden dürfen, sind sie doch allein gar nicht imstande, das Zustandekommen einer gültigen Ehe zu verhindern.

Diese Regelung ist ohne Vorbild und steht in bewußtem Gegensatz zu derjenigen des Blutschutzgesetzes.

Da die Verbote des § 1 EGG. ihren Grund in den Bestrebungen haben, eine Höherentwicklung des deutschen Volkes in erbbiologischer Hinsicht zu fördern, ist es eigenartig, daß man eine objektiv unerwünschte Ehe demnach nicht ohne weiteres für nichtig erklärt hat; konsequent wäre es gewesen, an den objektiven Verstoß gegen die Verbote des § 1 EGG. als Folge die Nichtigkeit der Ehe zu knüpfen, denn wenn eine Ehe objektiv erbbiologisch unerwünscht ist, so kann man konsequenterweise keine Rücksicht auf die Beteiligten nehmen.

Das Gesetz geht andere Wege. Es verknüpft in eigenartiger Weise öffentliche, d. h. die gesamte Gemeinschaft des deutschen Volkes angehende Belange mit privaten Rücksichtnahmen, indem es die Nichtigkeit einer dem Verbot des § 1 EGG. zuwider geschlossenen Ehe noch von der betrügerischen Eheerschleichung der Verlobten abhängig macht. In dieser Richtung geht das Gesetz so weit, daß es als Erschleichung nur ein arglistiges Verhalten beider Verlobten ansieht. Die Kommentare

---

[35] Vgl. etwa die §§ 1325, 1326, 1327, 1328 BGB. Immer ist die objektiv gegen das Verbot verstoßende eheliche Verbindung nichtig. Verbot und Nichtigkeitsgrund sind demnach identisch. Beide nennt man Ehehindernis.

weisen bei Erörterung dieser Frage darauf hin, daß, wenn nur ein Verlobter die Eheerschleichung begangen habe, dem anderen Gatten ja das Recht zustehe, die Ehe gemäß § 1333 BGB. anzufechten [36]. Wie Gütt-Linden-Maßfeller angeben, hat die gesetzliche Regelung ihren Grund in der vom Gesetzgeber im Hinblick auf den von der Krankheit seines Partners nichts wissenden Gatten geübten Rücksichtnahme [37]. Vermutlich werden soche Fälle nicht allzu häufig auftreten, denn bei der sich immer weiter verbreitenden Erkenntnis, daß eine glückliche Ehe nur von gesunden Partnern geführt werden kann, wird es selten vorkommen, daß ein gesunder Mensch sich sogar der Bestrafung wegen Eheerschleichung (§ 4 EGG.) aussetzt, nur um einen Kranken zu ehelichen.

Wie unten S. 24 noch zu zeigen sein wird, ist die Annahme, immer dann, wenn nur ein Gatte die Erschleichung vorgenommen habe, stehe dem anderen das Anfechtungsrecht des § 1333 BGB. zu, in dieser Allgemeinheit falsch. Aber selbst wenn man zugesteht, daß in vielen Fällen solcher Art der andere Gatte dieses Recht hat, so ist damit den Zwecken des Gesetzes nicht Genüge geschehen; ist es doch ganz ungewiß und dem Ermessen des Gatten vollkommen überlassen, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will oder nicht. Solchenfalls überläßt demnach die Gesamtheit die Entscheidung über Bestand oder Vernichtung einer objektiv unerwünschten Ehe der Einsicht oder dem Mangel an Einsicht eines einzelnen Gliedes der Volksgemeinschaft.

Wie bedenklich jene Rücksichtnahme auf den gutgläubigen Gatten ist, mag folgender Tatbestand verdeutlichen:

> Ein im Sinne von § 1 Abs. 1 Buchstabe d EGG. kranker Mann verlobt sich mit einem gesunden Mädchen, das von der Krankheit seines Verlobten nichts weiß. Der Kranke versteht es, den untersuchenden Amtsarzt zu täuschen und erlangt ein Ehetauglichkeitszeugnis. Unmittelbar nach der Eheschließung gesteht er dem gesunden Gatten den wahren Sachverhalt; letzterer denkt aber nicht an eine Lösung der Ehe.

---

[36] Z. B. Stuckart-Globke a.a.O. S. 181, 5; Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 98 oben, Erl. zu § 3: II, 1c.

[37] Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 107, II.

Demnach ist nur der Umstand, daß die Gattin nicht vor, sondern nach der Eingehung der Ehe den wahren Sachverhalt erfährt, ausschlaggebend für den Bestand der Ehe.

Schließlich sind sogar Tatbestände denkbar, in denen eine Anfechtungsmöglichkeit nicht besteht, z. B.:

> Eine im Sinne von § 1 Abs. 1 Buchstabe c EGG. kranke Person verlobt sich mit einer völlig gesunden und unterrichtet den Verlobten von ihrem Krankheitszustand. Letzterer erkennt zwar die Bedeutung der Krankheit, ist aber leichtsinnig genug, dennoch die Ehe einzugehen. Der untersuchende Amtsarzt wird nur von dem kranken Verlobten betrogen, der gesunde Teil hingegen unterläßt nur aus Fahrlässigkeit, seine Aussage zu machen, weil er von der Einrichtung der Eheberatung eine falsche Vorstellung hat und glaubt, er brauche nichts zu sagen. Hier liegt demnach eine gültige Ehe vor, die nicht anfechtbar ist, denn der gesunde Partner hat die Krankheit und ihre Bedeutung gekannt.

Die *Nichtigkeit* einer *nach dem Ehegesundheitsgesetz* nichtigen Ehe weist *gegenüber der Ehenichtigkeit nach Bürgerlichem Gesetzbuch erhebliche Verschiedenheiten* auf, die sich insbesondere daraus ergeben, daß ihre Geltendmachung nur im Wege der vom Staatsanwalt erhobenen Nichtigkeitsklage möglich ist. Erwähnenswert ist aber auch, daß sie in ihren Wirkungen noch schwächer ist als die Anfechtbarkeit nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Das mag folgender Fall verdeutlichen:

> Der Staatsanwalt hat gegen eine im Sinne des § 3 EGG. nichtige Ehe die Nichtigkeitsklage erhoben. Während des Prozesses stirbt der Mann.

Da nun im Rahmen des Ehegesundheitsgesetzes die Anwendung des § 1329 ausgeschlossen ist[38], ist in diesem Falle eine gültige Ehe nur *für die Zukunft* aufgelöst. Für das Schicksal etwa vorhandener Kinder bleibt also die Regelung des § 1699 BGB. außer Betracht, d. h. die (nach § 3 EGG. ja notwendig vorhandene) Arglist beider Eltern ist belanglos; die Kinder sind vielmehr schlechthin ehelich und

---

[38] Begründung hierfür: unten S. 30 f.

sind, ebenso wie ihre Mutter, gesetzliche Erben ihres verstorbenen Vaters. Wäre die Ehe (nur) anfechtbar gewesen, so hätte nach Erhebung der Anfechtungsklage § 1343 BGB. Anwendung gefunden mit der Folge, daß der Tod des einen Gatten ihre Vernichtung *ex tunc* bewirkt haben würde. Bei Bösgläubigkeit beider Gatten im Sinne des § 1699 BGB. würden die Kinder also als unehelich gelten und gleich ihrer Mutter den verstorbenen „Vater" nicht beerben.

I. Abschnitt:

Zwei Probleme, die beim Zusammentreffen von Bestimmungen des Ehegesundheitsgesetzes mit solchen des Bürgerlichen Gesetzbuches auftreten.

§ 5: Das Verhältnis der Ehenichtigkeit nach Bürgerlichem Gesetzbuch zu den Nichtigkeitsvorschriften des Ehegesundheitsgesetzes.

I. Welche Möglichkeiten bestehen überhaupt hinsichtlich des Verhältnisses zweier Gesetze?

Veranlassung zu dieser Fragestellung gibt die im Rechtsleben vielfach zu machende Beobachtung, daß ein Tatbestand sich unter verschiedene Gesetze [39] subsumieren läßt, anders ausgedrückt, daß er „den darin verwendeten abstrakten Tatbeständen entspricht" [40]. In solchen Fällen gilt es zu entscheiden, ob beide Gesetze Anwendung finden oder nur eines von ihnen und welches.

---

[39] Lent I a.a.O. S. 5, III weist darauf hin, daß in diesem Zusammenhang der Begriff „Gesetz" nicht im staatsrechtlichen Sinne zu verstehen ist, sondern daß es sich dabei um gesetzliche Bestimmungen innerhalb eines Gesetzes handelt, die meistens einen ähnlichen rechtspolitischen Zweck anstreben. Des weiteren macht Lent darauf aufmerksam, daß gesetzliche Bestimmungen auch nicht mit Paragraphen gleichzusetzen sind; denn ein Paragraph enthalte oft mehrere gesetzliche Bestimmungen.

[40] Oertmann, Artikel „Gesetzeskonkurrenz" im Handwörterb. d. Rechtswissensch. 2. Bd., S. 876.

Ins Schrifttum hat das Problem als Gesetzeskonkurrenz Eingang gefunden [41]. Hellwig, der sich zuerst damit befaßt hat, ist der Auffassung, das Verhältnis der in Frage stehenden Vorschriften könne entweder so sein, daß eine Norm als lex generalis, die andere als lex specialis anzusehen sei, wobei letztere den auch unter erstere fallenden Tatbestand „mit Rücksicht auf ein besonderes Moment erschöpfend regele" [42]. In solchen Fällen sei die lex generalis unanwendbar. Als Beispiel dient ihm die Vorschrift des Erbrechts, wonach die Verletzung ererbter Rechte durch jemanden, der sich für den Erben hält, ausschließlich nach den besonderen Normen über den Erbschaftsanspruch geregelt sei. Eine andere Möglichkeit ist nach Hellwig, daß sich die in Frage kommenden Gesetze nicht ausschließen, sondern ergänzen [43]. Solchenfalls könne nur das eine oder das andere Gesetz angewandt werden.

Eine erste eingehende Darstellung des Problems gibt Lent [44]. Er entscheidet sich für die Uebernahme der strafrechtlichen Begriffe Subsidiarität, Spezialität und Konsumtion sowie Idealkonkurrenz ins Bürgerliche Recht. Seine Theorie ist von Rudolf Schmidt [45] eingehend gewürdigt worden.

Schmidt sieht grundsätzlich folgende Möglichkeiten für das Verhältnis der Rechtsfolgen zweier Gesetze [46]. Es könne sein, daß die Rechtsfolge der lex a nicht Platz greife, wenn die lex b zur Anwendung komme; dann verdränge die lex b die lex a, sie habe demnach exklusive Bedeutung.

Die lex b könne aber auch additionell gemeint sein; dann ergäben sich mehrere Möglichkeiten. Das Gesetz könne die Wahl zwischen beiden gewähren (sogen. alternative Bedeutung der lex b). Solchenfalls sei eine Geltendmachung der lex a nicht mehr möglich, wenn lex b realisiert sei.

---

[41] Hellwig, Lehrbuch des Deutsch. Ziv.-Proz.-Rechts 1903, S. 266, 4a.
[42] a.a.O. S. 266 f.
[43] a.a.O. S. 268, 4b.
[44] Lent, Fr.: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerl. Recht und Zivilprozeß. 2 Bde., 1912, 1916.
[45] Schmidt, Rud.: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht, 1915.
[46] a.a.O. S. 23, § 3.

Schließlich sei ein Nebeneinander der Rechtsfolgen a und b möglich, derart, daß die Verwirklichung der Folge a auf die Folge b keinen Einfluß ausübe. Dabei spricht Schmidt von kumulativer Konkurrenz.

Hinsichtlich der Tatbestände zweier Gesetze ergeben sich nach Schmidt folgende Möglichkeiten:

1. es könne vorkommen, daß sich die Tatbestände zweier Gesetze vollkommen decken,

2. ein Gesetz (a) könne die Tatbestandsmerkmale x, ein anderes (b) neben den Merkmalen von a noch eines oder mehrere andere, also x + y, aufweisen. Wenn der Tatbestand b gegeben sei, so müsse demnach immer auch a vorliegen, lex b sei demnach Spezialgesetz zu a [47].

3. Denkbar sei aber auch, daß lex a die Merkmale x + y, lex b x + z habe, beiden Tatbeständen sei mithin das Merkmal x gemeinsam; dann sei es möglich, daß, wenn a gegeben sei, auch b vorliege. Schmidt nennt solche Fälle sich schneidende Tatbestände oder Fälle der Idealkonkurrenz.

Die Entscheidung darüber, ob Exklusivität oder Alternativität vorliege, könne — darauf weist Schmidt besonders hin — nur auf Grund eingehender Untersuchung des einzelnen Konkurrenzfalles getroffen werden.

II. Das Verhältnis von § 1325 BGB. zu den §§ 1 und 3 EGG.

Die Tatsache, daß das Ehegesundheitsgesetz die vier Eheverbote in einem Paragraphen zusammengefaßt hat, darf nicht die Einsicht darin trüben, daß es sich bei den unter den Buchstaben a bis d aufgeführten Tatbeständen um sehr unterschiedliche Verbote handelt [48]. Das lehrt insbesondere ihre Betrachtung vom Standpunkte der Medizin aus. So behandelt ein Tatbestand die ansteckenden Krankheiten, ein anderer gei-

---

[47] Schmidt a.a.O. S. 24, II, 2 a. E.

[48] Freilich lassen sich alle Verbote insoweit unter einen einheitlichen Gesichtspunkt bringen, als sie dem Schutze der Erbgesundheit des Volkes dienen sollen.

stige Störungen, ein dritter die Erbkrankheiten als Eheverbote, während ein Tatbestand das Eheverbot der Entmündigung schafft und regelt.

Demnach erscheint es angebracht und zweckmäßig, die Untersuchung jeweils auf das Zusammentreffen einer Bestimmung der Ehenichtigkeitsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches mit einem Tatbestand des § 1 EGG. zu beschränken.

1. Ausgangspunkt der Untersuchung soll folgender (erdachter) Fall sein:

> Eine geisteskranke, entmündigte Person schließt mit einer gesunden die Ehe. Beide Verlobten haben die Ehe im Sinne des § 3 EGG. erschlichen.

Dieser Tatbestand läßt sich unter zwei gesetzliche Bestimmungen subsumieren. Da die wegen Geisteskrankheit entmündigte Person gemäß § 104 BGB. geschäftsunfähig ist, ist der Tatbestand des *§ 1325 BGB.* gegeben, demnach also die trotz des Verbotes geschlossene Ehe nichtig[49]; gleichzeitig erfüllt jener Sachverhalt aber auch den Tatbestand des *§ 1 Abs. 1* Buchstabe *b* und den des *§ 3 EGG.*, da sich zu dem objektiven Verstoß gegen *§ 1* Abs. *1 b* EGG. die weitere Voraussetzung der Nichtigkeit des § 3 EGG. gesellt. Schon eine erste Betrachtung der in Frage kommenden Bestimmungen zeigt, daß es sich dabei um sehr unterschiedliche Tatbestände handelt.

Die Nichtigkeitsvorschrift des § 1325 BGB. ist ein Niederschlag des das gesamte Bürgerliche Recht beherrschenden Rechtsgedankens, daß eine geschäftsunfähige Person keine wirksame Willenserklärung abgeben und demnach auch keine Ehe eingehen kann.

Außer den Geschäftsunfähigen nennt das Gesetz in § 1325 BGB. Personen, die sich zur Zeit der Eheschließung im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befunden haben. Immer also handelt es sich in jener Bestimmung um Personen, die im Zeitpunkt der Eheschließung nicht die für einen so wesentlichen

---

[49] Der Begriff der Nichtigkeit im Sinne des BGB. dürfte heute eindeutig dahin festgelegt sein, daß es sich bei den nichtigen Ehen um vorläufig gültige, aber vernichtbare Ehen handelt.

Vorgang notwendige Einsichtsfähigkeit besessen haben. Diese Feststellung läßt den Schluß zu, daß der Zweck des § 1325 BGB. in erster Linie der ist, jene Personen vor den Folgen ihrer Handlungsweise zu bewahren.

Die Schaffung der neuen Eheverbote des Ehegesundheitsgesetzes beruht auf anderen Erwägungen. Den Entmündigten ist generell die Eingehung einer Ehe verboten, und zwar den Geistesschwachen wegen der Gefahr der Vererbung ihrer Anlagen, wie in der Begründung zum Gesetz ausgeführt wird[50]. Im Gegensatz zu § 1325 BGB. ist hier nicht die Rücksichtnahme auf eine einzelne Person, sondern die auf den zu erwartenden Nachwuchs und den anderen Ehegatten ausschlaggebend gewesen. Die Zwecke der beiden Bestimmungen sind demnach verschieden. Einmal sucht der Gesetzgeber einen Einzelmenschen vor den Folgen seiner Handlungsweise zu schützen. Das andere Mal soll die Gemeinschaft, das Volk, geschützt werden.

Wie unser Fall zeigt, kann es vorkommen, daß ein unter § 1, I, b und § 3 EGG. zu bringender Tatbestand auch unter § 1325 BGB. fällt. Keinesfalls muß das immer so sein; es handelt sich vielmehr um eine Besonderheit. Wir haben demnach zwei sich schneidende Tatbestände vor uns.

Die hier in Frage kommenden Gesetze, deren Verhältnis zueinander zu klären ist, enthalten keinen Fingerzeig für die Lösung des Problems, ob auf den vorliegenden Fall sowohl § 1325 BGB. als auch die Vorschriften des EGG. Anwendung finden, oder ob nur eine von den genannten Bestimmungen und welche anwendbar ist. Das Problem kann daher nur auf Grund einer eingehenden Erörterung aller Umstände des Konkurrenzfalles gelöst werden.

Da es sich bei den konkurrierenden Bestimmungen um Vorschriften handelt, die aus sehr unterschiedlichen gesetzgeberischen Erwägungen heraus geschaffen wurden, liegt die Annahme nahe, daß beide angewandt werden, daß also ihre Rechtsfolgen kumulativ nebeneinander herlaufen.

Die folgende Untersuchung aber wird deutlich machen, daß eine Kumulation der Rechtsfolgen ausgeschlossen ist. Der Beweis dieser Behauptung läßt sich am besten an Hand der Rechts-

---

[50] Abgedruckt bei Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 38.

folgen führen, die bei kumulativer Anwendung beider Normen entstehen würden.

a) Die Nichtigkeit der Ehe nach dem EGG. kann nur vom Staatsanwalt und **nur** im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, § 3 Abs. 1 Satz 3 EGG., § 28 der I. DurchfVO. Die Eigenart der Ehenichtigkeit des Bürgerlichen Rechts bringt es dagegen mit sich, daß neben der den Eheleuten bzw. der dem gesetzlichen Vertreter des zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähigen Gatten und der dem Staatsanwalt zustehenden Klagemöglichkeit jeder Dritte das Recht hat, die Nichtigkeit der Ehe geltend zu machen, wenn die nichtige Ehe infolge Todes eines Gatten, Scheidung der Ehe oder Wiederverheiratung eines Gatten nach Todeserklärung des anderen aufgelöst worden ist.

Diese Regelung des § 1329 BGB. gibt der Ehenichtigkeit das besondere Gepräge, indem sie bewirkt, daß eine im Sinne des § 1325 BGB. nichtige Ehe einmal mit ex tunc-Wirkung vernichtet wird, spätestens beim Tode eines Gatten; während das EGG. die Möglichkeit bietet, daß eine nach seinen Vorschriften nichtige Ehe erhalten bleibt, wenn nämlich der Staatsanwalt es nach pflichtmäßigem Ermessen unterläßt[51], die Nichtigkeitsklage zu erheben. Dazu kann die Staatsanwaltschaft etwa durch den Umstand bewogen werden, daß mit dem baldigen Wegfall des Ehehindernisses zu rechnen ist und deshalb eine Vernichtung der Ehe besser unterbleibt, da nach einer kurzen Zeitspanne die Gatten sicherlich das Tauglichkeitszeugnis bekommen und nach etwaiger Vernichtung dann einander von neuem heiraten würden.

Unterläßt es nun die Staatsanwaltschaft, die Nichtigkeitsklage zu erheben, so würde die kumulative Anwendung der fraglichen Bestimmungen bewirken, daß nunmehr § 1329 BGB. Anwendung fände und demnach durch den etwa plötzlich eintretenden Tod eines Gatten dennoch die endgültige Vernichtung dieser Ehe einträte, obschon die Staatsanwaltschaft ausdrücklich von der Klageerhebung abgesehen hat, um mit Rücksicht auf den baldigen Wegfall des Ehehindernisses den Bestand der Ehe zu sichern.

---

[51] Eine Untersuchung der Frage, ob es dem Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen ist, Nichtigkeitsklage zu erheben, findet sich S. 65 ff.

Solche eheerhaltenden Bemühungen der Staatsanwaltschaft wären demnach in allen Fällen belanglos und ohne Wirkung, denn einmal würde es auf Grund von § 1329 BGB. zur Vernichtung der Ehe kommen. Daß diese Konsequenz nicht im Sinne des EGG. liegt, ergibt folgende Erwägung: Indem der Gesetzgeber nur dem Staatsanwalt das Recht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage verlieh, brachte er deutlich zum Ausdruck, daß in allen unter das EGG. subsumierbaren Fällen die Entscheidung über Bestand oder Vernichtung einer solchen Ehe nur in den Händen einer nach pflichtmäßigem Ermessen handelnden, d. h. alle Umstände des Einzelfalles erwägenden Behörde — der Staatsanwaltschaft — liegen sollte. Der Staat selbst wollte in diesen Fällen entscheiden, nicht aber sollten Zufälle das Schicksal einer solchen Ehe bestimmen.

Ein weiteres der kumulativen Anwendung der in Frage stehenden Bestimmungen widersprechendes Argument bietet § 28 der I. DurchfVO. zum EGG. Nur im Wege der Nichtigkeitsklage soll die Nichtigkeit einer nach den §§ 1 und 3 EGG. nichtigen Ehe geltend gemacht werden. Wie übereinstimmend in dem Schrifttum zu § 28 der I. DurchfVO. dargelegt wird [52], kann diese Bestimmung nur dahin ausgelegt werden, daß eine Geltendmachung der Nichtigkeit auf anderem Wege nicht möglich ist, m. a. W. daß der Tod eines Gatten, die Scheidung der Ehe oder die Wiederverheiratung eines Gatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen die Ehe nicht vernichten. *§ 1329 BGB.* ist also im Rahmen des EGG. ausgeschlossen.

Wie oben dargelegt, würde aber die kumulative Anwendung der Rechtsfolgen der in Frage stehenden Vorschriften gerade dazu führen, daß § 1329 BGB., dessen Anwendung auf Fälle, die unter das neue Gesetz fallen, ausdrücklich ausgeschlossen ist, nun doch in Wirksamkeit träte. Verhindern läßt sich diese Folge nur, wenn man dem *EGG.* exklusive Bedeutung beimißt.

---

[52] Stuckart-Globke a.a.O. S. 219, Erl. zu § 28 I. DVO.; Gütt-Linden-Maßfeller S. 193, Erl. zu § 28 I. DVO.; Brandis, Die Ehegesetze von 1935, S. 143, 3.

b) Diesen mehr negativen Argumenten, die gegen eine Kumulation der beiden Rechtsfolgen sprechen, können einige positive hinzugefügt werden. Der Gesetzgeber hat alle Fälle der Entmündigung in einem Paragraphen, ja in einem Buchstaben des § 1 EGG. geregelt; schon diese äußerliche Zusammenfassung läßt den Schluß zu, daß alle darunter fallenden Tatbestände gleich behandelt werden sollen. Es ist nicht einzusehen, daß das neue Gesetz auf einen dieser Fälle nicht angewandt werden soll, nur weil er sich auch noch unter ein anderes Gesetz — eben § 1325 BGB. — subsumieren läßt.

Dieses mehr äußerlich formelle Moment erfährt eine wesentliche Stützung durch einen Vergleich folgender Fälle: Der Beurteilung unterliegen 1. eine Ehe, bei deren Eingehung ein Gatte wegen Geisteskrankheit entmündigt war, dessen Geisteskrankheit aber nachweislich durch einen Unfall erworben und mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit nicht vererblich ist; 2. eine Ehe zwischen einer wegen Geistesschwäche entmündigten Person und einer gesunden, wobei die Geistesschwäche des einen Gatten nach ärztlichem Gutachten auf einer vererblichen Anlage beruht, und demnach mit Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, daß sie sich auf die Nachkommenschaft weiter vererben wird.

Bejaht man ein beziehungsloses Nebeneinander der Rechtsfolgen des BGB. und des EGG., so ist das Ergebnis, daß die Ehe der erbbiologisch durchaus harmlosen Person zu 1. den viel härteren Bestimmungen der §§ 1325, 1329 BGB. unterliegt und sicher einmal mit ex tunc-Wirkung zerfällt, während möglicherweise im Falle 2. aus irgend einem Umstand von der Staatsanwaltschaft keine Nichtigkeitsklage erhoben wird und deshalb diese erbbiologisch gefährliche Ehe bestehen bleibt und selbst bei Tod, Scheidung oder Wiederverheiratung nach Todeserklärung nur für die Zukunft aufgelöst wird mit der Konsequenz, daß die Kinder ehelich sind und daß bei Auflösung der Ehe durch Tod der überlebende Ehegatte volles Erbrecht hat.

Solche Folgen zu erzielen, kann nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein. Es muß vielmehr angenommen werden, daß beide Fälle gleich behandelt werden und daß der erste Tatbestand nicht der Regelung des BGB. unterliegt, obschon er nicht ausdrücklich ausgenommen ist;

geht es doch nicht an, einen erbbiologisch ungefährlichen Tatbestand den schärferen Rechtsfolgen auszusetzen [53].

c) Der obigen Argumentation könnte etwa entgegnet werden, diese Lösung des Problems begünstige solche Personen, die zunächst entgegen dem Verbot des § 1325 BGB. geheiratet, außerdem aber noch das Ehetauglichkeitszeugnis oder die Mitwirkung des Standesbeamten erschlichen haben. Liege nur der Tatbestand des § 1325 BGB. vor, so verfalle die Ehe rettungslos der Vernichtung; trete aber die Nichtigkeit des EGG. hinzu, so bestehe die Möglichkeit, daß infolge irgend eines Umstandes die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der Nichtigkeitsklage absehe und den Bestand der Ehe nicht antaste. Alles in allem werde der Betrug der Gatten möglicherweise noch belohnt.

Demgegenüber muß aber darauf hingewiesen werden, daß die Staatsanwaltschaft nur in seltenen Fällen von der Klageerhebung absehen wird, nämlich dann, wenn die Heilung des Ehehindernisses in Bälde zu erwarten ist.

In jener Möglichkeit, die die größere Elastizität des EGG. zeigt, liegt ein Vorteil gegenüber der Regelung des BGB. Jedem Fall kann hier Gerechtigkeit werden dadurch, daß die Staatsanwaltschaft nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden hat. Die schematische, alle Fälle gleich behandelnde Technik des § 1329 BGB. ist damit für unsere Fälle überwunden.

d) Die Tatsache, daß auf Grund des § 632 ZPO. die nach Bürgerlichem Recht nichtige Ehe auch mit einer Ehenichtigkeitsklage des Staatsanwaltes angreifbar ist, legt die F r a g e nahe, ob nicht bei einem unter beide Bestimmungen subsumierbaren Tatbestand die Staatsanwaltschaft das Recht hat, zu wählen, welche Vorschrift sie für die Vernichtung der

---

[53] Hier sei auf Schmidts Ausführungen S. 84 verwiesen. Sch. stellt dort zwei Tatbestände a und b gegenüber und meint, wenn vom Standpunkt vernünftiger Interessenabwägung der Beteiligten die Fälle gleich zu werten seien, insbes. aber a keine Erschwerung gegenüber b aufweise, die etwa die schärferen Rechtsfolgen (a) zu rechtfertigen vermöchten, so sei es unsinnig, in beiden Fällen verschiedene Rechtsfolgen eintreten zu lassen. Hier müsse eine der Normen unangewendet bleiben.

Ehe heranziehen will, m. a. W. gilt es zu untersuchen, **ob** eine **alternative Konkurrenz von** *§ 1325 BGB.* **und** *§ 1, I b, § 3 EGG.* **möglich** ist.

Aus dem Umstand, daß das EGG. nur dem Staatsanwalt, § 632 ZPO. hingegen neben dem Staatsanwalt auch — selbst bei Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes! — jedem Gatten bzw. dem gesetzlichen Vertreter des zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähigen Gatten und sogar gewissen Dritten die Möglichkeit der Erhebung der Nichtigkeitsklage gewährt, ergäbe sich bei alternativer Anwendung von § 1325 BGB. und § 632 ZPO. einerseits und § 1, I b, § 3 EGG. andererseits folgende Konsequenz:

Die gemäß dem EGG. nichtige Ehe könnte auch von einer Privatperson angegriffen werden. Damit wäre das ausdrückliche Gebot des § 3 Abs. 1 EGG. umgangen und den Gatten, die den Betrug verübt haben, selbst die Möglichkeit gewährt, die Lösung der eingegangenen Verbindung zu betreiben.

Aus der Eigenart des § 632 ZPO., der mehrere zur Klageerhebung berechtigte Personen kennt, könnte sich fernerhin ergeben, daß die Staatsanwaltschaft möglicherweise von der Ermessensfreiheit nach EGG. Gebrauch macht und keine Schritte gegen die Ehe unternimmt, während der eine Gatte auf Grund von § 632 ZPO. Nichtigkeitsklage erhebt. Würde man der Staatsanwaltschaft das Wahlrecht geben derart, daß nur sie gemäß § 632 ZPO. vorgehen könnte, so käme man mit den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts in einen kaum zu überwindenden Konflikt, denn es lassen sich keine Gründe finden, die es rechtfertigen, die Lösung eines technisch-juristischen Streitfalles auf Kosten eines Berechtigten herbeizuführen.

Ein wesentliches gegen die kumulative Anwendung der beiden Bestimmungen sprechendes Argument kann auch hier angeführt werden, nämlich die durch das EGG. bewirkte Ausschließung des § 1329 BGB. § 1329 BGB. darf im Rahmen des EGG. keine Anwendung finden! Dagegen würde aber verstoßen, wenn sich die Staatsanwaltschaft entschließen sollte, die Ehe nicht vom Boden des EGG., sondern auf Grund von § 1325 BGB. anzugreifen, denn mit § 1325 ist § 1329 BGB. verbunden. Die Außerachtlassung des EGG. würde bei Untätigkeit der

Staatsanwaltschaft immer bewirken, daß die Rechtsfolgen des § 1329 BGB. einträten.

Eine Vernichtung der Ehe auf Grund von § 1325 BGB., § 632 ZPO. würde fernerhin möglicherweise bewirken, daß für einen der Gatten eine Verpflichtung zur Leistung eines Unterhaltszuschusses entstehen könnte, die dann, wenn die Vernichtung nach dem EGG. erfolgt, nicht eintreten könnte. Es ist nämlich möglich, daß zwar beide Gatten das Tauglichkeitszeugnis erschlichen haben und alle damit zusammenhängenden Umstände kannten, daß aber einem die Nichtigkeit der Ehe gemäß den §§ 1325 und 1345 BGB. unbekannt war, sodaß er vom anderen verlangen kann, in vermögensrechtlicher Hinsicht, insbesondere in Ansehung der Unterhaltspflicht, so gestellt zu werden, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigerklärung oder der Auflösung geschieden und der Ehegatte, der die Nichtigkeit kannte, für allein schuldig erklärt worden wäre.

Auch die obigen Ueberlegungen führen zu dem Ergebnis, daß dem EGG. gegenüber § 1325 BGB. exklusive Bedeutung zugesprochen werden muß.

e) Der Klärung bedarf nun noch die Frage, ob nach Gültigwerden einer Ehe im Sinne des *§ 3 Abs. 2 EGG.* nunmehr die bürgerlich-rechtliche Regelung Platz greift. Der Ueberlegung liegt etwa der Fall zugrunde, daß der Entmündigungsbeschluß aufgehoben, aber eine Bestätigung der Ehe noch nicht erfolgt ist.

Man ist geneigt, zu argumentieren: Hier ist nur der Tatbestand des § 1325 BGB. gegeben, ein Zweifel kann also nicht auftreten; demgemäß tritt die bürgerlich-rechtliche Regelung voll in Kraft, d. h. sowohl die Gatten wie auch der Staatsanwalt können die Nichtigkeitsklage erheben, der krank gewesene Gatte kann die Ehe bestätigen, und wenn er das nicht tut, findet § 1329 BGB. Anwendung.

Allein, dieser Argumentation stehen einige Bedenken entgegen. Schon der erste Satz erweckt Zweifel. Richtiger scheint es, zu sagen, hier ist jetzt nur noch § 1325 BGB. erfüllt. Mit dieser Formulierung ist angedeutet, daß die Ehe einmal vom Boden des EGG. angreifbar war. Nun aber ist das Recht des Staatsanwalts zu ihrer Vernichtung ver-

loren gegangen. Kann er nun auf Grund des § 632 ZPO. vorgehen? Die Bejahung dieser Frage setzt voraus, daß neben den im EGG. niedergelegten Gründen noch andere, die Volksgesamtheit angehende Momente genannt werden können, die eine Vernichtung dieser Ehe zu rechtfertigen vermögen. Zwar könnte man zunächst zu sagen geneigt sein: schon vor Erlaß des EGG. bestand die Möglichkeit, daß die Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse eine solche Ehe vernichtete. Warum soll sie jetzt nicht mehr bestehen? Dabei ist aber übersehen, daß gerade gesundheitliche Interessen auf Grund dieser Bestimmung berücksichtigt werden konnten, die jetzt ausschließlich im EGG. geregelt sind.

f) Schließlich bedarf in diesem Zusammenhang die Frage einer Untersuchung, ob eine Ehe, die dem Verbot des § *1, I b EGG.* zuwider geschlossen ist, die aber deshalb nicht nichtig im Sinne des § *3 EGG.* ist, weil nur ein Verlobter das Tauglichkeitszeugnis erschlichen hat, auch vom Staatsanwalt und vom Gatten bzw. gesetzlichen Vertreter mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden kann.

Auf den ersten Blick scheint die Rechtslage folgendermaßen: Dieser Tatbestand fällt nur unter § 1325 BGB., infolgedessen steht u. a. auch dem Staatsanwalt das Recht der Erhebung der Nichtigkeitsklage zu.

Allein, dabei ist vergessen, daß auch dieser Tatbestand zum EGG. gewisse Beziehungen aufweist, denn gegen das Verbot des § 1 EGG. ist objektiv verstoßen. Das Gebot des § 3 EGG., daß nur, wenn beide Verlobte die Ehe erschlichen haben, der Staatsanwalt zur Klageerhebung befugt sein soll, ist aber die Kehrseite des Verbotes, daß in all den Fällen, in denen nur ein Verlobter den Betrug verübt hat, der Staatsanwalt nicht einschreiten darf und es auch nicht kann. Das Schicksal solcher Ehen soll dem anderen betrogenen Ehegatten überlassen bleiben. Gewährt man nun dem Staatsanwalt in solchen Fällen das Recht aus § 632 ZPO., so würde damit ein Erfolg erzielt, der dem Verbot des § 3 EGG. unmittelbar widerspricht. Der Staatsanwalt würde nämlich eine Ehe zur Vernichtung führen, die von Staats wegen ausdrücklich nicht vernichtet werden soll; er würde also ein Ergebnis herbeiführen, das das EGG. mißbilligt.

Dem könnte man entgegenhalten, die Regelung des EGG. besage nur, daß in solchen Fällen lediglich vom Boden des EGG. der Staatsanwalt keine Maßnahmen ergreifen dürfe. Das kann nur dann richtig sein, wenn sich ganz wesentliche, der Bedeutung der im neuen Gesetz niedergelegten Gründe nahekommende andere Motive anführen lassen, die für eine Vernichtung sprächen. Die Bedenken aber scheinen zu überwiegen.

Es ist zunächst zu beachten, daß eine Vernichtung der Ehe auf Klage des Staatsanwaltes hin dem gesund gewordenen Gatten die Möglichkeit der Bestätigung nimmt. Zwar kann er dann erneut heiraten, muß dann aber allen Erfordernissen einer Eheschließung (z. B. amtsärztl. Untersuchung, Aufgebot usw.) nachkommen. Weiterhin: würde man Klage des Staatsanwaltes aus § 632 ZPO. zulassen, so würden solchenfalls die Tatbestände, in denen eine wegen Geisteskrankheit entmündigte Person geheiratet hat, viel härter behandelt, als die — ja nicht von den Nichtigkeitsbestimmungen des BGB. erfaßten! — Fälle, in denen eine wegen Geistesschwäche entmündigte Person die Ehe eingegangen ist, obschon der letzte Fall erbbiologisch viel bedenklicher sein kann als der erste. Eine solche, den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht werdende Konsequenz kann nicht Sinn des Gesetzes sein. Es muß deshalb angenommen werden, daß in solchen Fällen der Staatsanwalt die Klagemöglichkeit des § 632 ZPO. nicht besitzt.

Unbedenklich hingegen ist es, den Gatten dieses Recht in solchen Fällen zu gewähren; denn da die Ehe objektiv unerwünscht ist und nur mit Rücksicht auf den betrogenen Gatten vom Gesetz nicht für nichtig erklärt wurde, ist es nur erfreulich und dem Sinne des EGG. entsprechend, wenn diese Ehe vernichtet wird.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Rechtsanwendung durch die obige Auslegung schwierig wird, aber dieser Umstand liegt in der Fassung des Gesetzes begründet.

2. Ein weiterer Fall der Idealkonkurrenz kann auftreten, wenn der Tatbestand des § 1, I, c EGG. gegeben ist und die geistige Störung gleichzeitig eine Geschäftsunfähigkeit bewirkende Geisteskrankheit im Sinne des BGB. darstellt. Auch in diesem Falle können

die Bestimmungen des *§ 1325 BGB.* und *§ 1, I, c EGG.* gleichzeitig erfüllt sein. Es handelt sich, bildlich gesprochen, auch hier um zwei sich schneidende Kreise, die sich zum Teil decken.

Der Fall kann nicht anders gelöst werden als der zuerst erörterte, würde doch die kumulative Anwendung auch hier die vom EGG. als nicht gewollt bezeichneten oder doch mindestens nicht in seinem Sinne liegenden Folgen haben, d. h.

a) neben der Staatsanwaltschaft wäre auch dem einen Gatten und dem gesetzlichen Vertreter des anderen die Erhebung der Nichtigkeitsklage möglich;

b) der ausdrücklich ausgeschlossene § 1329 BGB. würde Anwendung finden;

c) möglicherweise würden Fälle, die zwar den Begriff des Bürgerlichen Rechts „Geisteskrankheit" nicht erfüllen, aber erbbiologisch gesehen ebenso unerwünscht sind, milder behandelt werden.

Es muß deshalb auch für dieses Zusammentreffen eine Idealkonkurrenz mit exklusiver Bedeutung des *§ 1, I, c EGG.* gegenüber *§ 1325 BGB.* angenommen werden.

III. Das Verhältnis der übrigen Nichtigkeitsvorschriften des BGB. zu §§ 1, 3 EGG.

1. Eine Konkurrenzfrage entsteht im Gegensatz zu den oben untersuchten Fällen nicht, wenn etwa eine Ehe gemäß § 1, I, a oder d, § 3 EGG. und gemäß § 1325 BGB. nichtig ist, denn solchenfalls fehlt es an der Einheitlichkeit des Tatbestandes. Hier unterliegen der rechtlichen Würdigung zwei tatsächliche Umstände, die nur zufällig in einer Ehe vorkommen. Es bleibt deshalb sowohl der Staatsanwaltschaft wie den Gatten bzw. dem gesetzlichen Vertreter des zur Zeit der Eingehung der Ehe geschäftsunfähigen Gatten unbenommen, auf Grund der §§ 1325 BGB., 632 ZPO. vorzugehen.

Auch § 1329 BGB. muß hier Platz greifen. Einwendungen dagegen dürften hier kaum zu erheben sein: denn da diese Ehen objektiv unerwünscht und vernichtenswert sind, kann es der Staatsanwaltschaft

nur recht sein, wenn eine Vernichtung auch ohne ihr Zutun erreicht wird. Systematisch ist die Lösung auch unbedenklich, denn in Wirklichkeit unterliegt der Regelung aus § 1329 BGB. nicht der Tatbestand des EGG., sondern der des § 1325 BGB., also ein ganz anderer tatsächlicher Umstand. Allerdings kann nicht geleugnet werden, daß die Wirkungen auch den unter das EGG. fallenden Tatbestand treffen.

2. Einer gleichen Rechtslage begegnet man, wenn man die übrigen Ehenichtigkeitstatbestände des BGB. mit denen des neuen Gesetzes zusammenbringt. Immer handelt es sich um zwei verschiedene tatsächliche Umstände, sodaß mangels eines einheitlichen Tatbestandes keine Konkurrenzfrage auftreten kann. So etwa, wenn eine formwidrige, eingetragene Ehe (BGB. § 1324) zugleich gemäß § I, I a oder b oder c oder d, § 3 EGG. nichtig ist.

Rechtspolitische Bedenken entstehen allerdings, wenn sich die Staatsanwaltschaft entschließt, von der Erhebung der Nichtigkeitsklage abzusehen, dann aber ein Gatte die Klage erhebt. Die Sachlage ist nämlich hier so, daß zunächst beide Gatten soviel Interesse an dem Zustandekommen ihrer Verbindung hatten, daß sie das Tauglichkeitszeugnis erschlichen, sich also der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzten. Nunmehr aber nimmt einer einen Formfehler zum Vorwand, um von dieser Bindung frei zu werden.

3. Auch in allen übrigen Fällen, in denen eine Ehe gleichzeitig einen Nichtigkeitsgrund des BGB., sei es wegen Namensehe, Bigamie, Verwandtschaft, Schwägerschaft oder Ehebruch einerseits, und eines der vier Ehehindernisse des § 1 EGG. andererseits aufweist, kann keine Konkurrenzfrage auftreten. Immer handelt es sich um zwei tatsächliche Umstände, die unter zwei Normen subsumierbar sind.

IV. Rechtslage, wenn Wegfall des Ehehindernisses aus dem EGG. mit der Heilung des Formmangels gem. § 1324 Abs. 2 BGB. zeitlich auseinanderfällt.

Mit dem Problem der Konkurrenz von Nichtigkeitsvorschriften des BGB. und des EGG. hängt eng zusammen die Frage nach der Gestaltung der Rechtslage, wenn etwa der Wegfall des Ehehindernisses

aus dem EGG. mit der Heilung des Formmangels durch 10- bzw. 3 jähriges eheliches Zusammenleben gemäß § 1324 Abs. 2 BGB. zeitlich auseinanderfällt.

Grundlage der Untersuchung mag folgender Fall sein: Der mit einer ansteckenden Krankheit behaftete Gatte gesundet. Die Ehe ist gemäß § 1324 BGB. nichtig. Die Heilung des Mannes erfolgt nach einem Jahr ehelichen Zusammenlebens; nach einem weiteren Jahr stirbt ein Gatte. Zu entscheiden ist, ob die überlebende Frau ihren Mann beerbt, und ob die beiden etwa vorhandenen Kinder ehelich oder unehelich sind. M. a. W.: ist für den Eintritt der unangreifbaren zivilrechtlichen Wirkungen einer Ehe, der die beiden angeführten Nichtigkeitsgründe anhaften, der Zeitpunkt des Wegfalls des Ehehindernisses aus dem EGG. oder die Frist des § 1324 BGB. maßgebend?

Nahe liegt folgende Argumentation: § 3 Abs. 2 EGG. besagt nichts anderes, als daß nun vom Boden des EGG. aus gegen diese Ehe keine Maßnahmen mehr ergriffen werden können. Da nun der vorliegende Tatbestand nicht mehr der Regelung des EGG. unterliegt, sondern ausschließlich nach den Bestimmungen des BGB. zu beurteilen ist, kann auch für ein Vollwirksamwerden nur der Zeitpunkt des BGB. in Frage kommen. Das würde bedeuten, daß im Falle einer Doppelnichtigkeit der zuerst erfolgenden Heilung gemäß § 3 Abs. 2 EGG. keine zivilrechtlichen Folgen zukommen würden. Eine nicht zu vermeidende Härte wäre allerdings die Folge, denn solchenfalls wäre der Frau kein Erbrecht zuzubilligen, und sie stände nach dem Tode ihres Gatten mit zwei unehelichen Kindern da.

Der Lösung näher führt folgender Fall: 11 Jahre leben die Gatten ehelich zusammen; dann tritt Heilung gemäß § 3 Abs. 2 EGG. ein. (Die Ehe war nichtig im Sinne des BGB. und des EGG.) Hier ist schon nach zehn Jahren die Ehe im Sinne des § 1324 Abs. 2 BGB. gültig geworden, ihre Nichtigkeit nach EGG. blieb bestehen. Volle zivilrechtliche Wirksamkeit kann sie demnach erst im Zeitpunkt der Heilung gemäß § 3 Abs. 2 EGG. erlangt haben. In diesem Falle hängen demnach die zivilrechtlichen Folgen von dem EGG. ab.

Man wird deshalb sagen müssen: Die Bestimmungen des § 1324 Abs. 2 BGB. und des § 3 Abs. 2 EGG. sind nur von relativer Bedeutung. Die Formulierungen „. . . so ist die Ehe als gültig anzusehen" bzw. „. . . die Ehe ist gültig, wenn . . .", besagen nichts anderes, als daß die Ehenichtigkeit dieses Gesetzes nicht mehr besteht. Die dann eingetretene Gültigkeit der Ehe ist also beschränkt. Vollwirksam derart, daß die Wirkungen einer dem Gesetz entsprechend geschlossenen Ehe eintreten, kann die Ehe erst nach Heilung beider Nichtigkeitsgründe werden.

§ 6: Das Verhältnis der Anfechtbarkeit einer Ehe nach BGB. zu der Ehenichtigkeit nach EGG.

I. Das Verhältnis von § 1331 BGB. zu den §§ 1 und 3 EGG.

Die folgende Untersuchung befaßt sich mit der Frage, in welchem Verhältnis die Anfechtungsvorschriften des BGB. zu den Bestimmungen des EGG. über die Nichtigkeit einer Ehe stehen. Ausgangspunkt mag folgender Fall sein:

> Eine wegen Verschwendung entmündigte Person geht ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters eine Ehe ein. Beide Verlobten erschleichen das Ehetauglichkeitszeugnis oder die Mitwirkung des Standesbeamten.

Dieser Tatbestand läßt sich unter zwei gesetzliche Bestimmungen subsumieren. Einerseits erfüllt er die Voraussetzungen des *§ 1331 BGB.*, da eine wegen Verschwendung entmündigte Person gemäß § 114 BGB. in Ansehung der Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen gleichsteht, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, d. h. nur beschränkt geschäftsfähig ist und generell zu Willenserklärungen, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters bedarf und nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1304 BGB. auch zur Eheschließung diese Einwilligung nötig hat. Erfolgt die Eheschließung ohne diese Einwilligung, so ist die Ehe anfechtbar; diese Konsequenz zieht § 1331 BGB.

Gleichzeitig ist aber auch der Tatbestand der *§§ 1, I b* und *3 EGG.* gegeben, denn eine entmündigte Person hat gehei-

ratet, und beide Verlobten haben die Ehe erschlichen. Es ergibt sich demnach folgende Rechtslage:

1. Auf Grund von § 3 EGG. kann der Staatsanwalt — und nur er — die Vernichtung dieser dem Verbot des Gesetzes zuwider eingegangenen Ehe im Wege der Nichtigkeitsklage anstreben. Er k a n n es, d. h. nach pflichtmäßigem Ermessen wird er entscheiden, ob er die Vernichtung betreiben soll oder nicht [54]. Diese Prüfung wird gerade in Fällen der Entmündigung wegen Verschwendung besonders eingehend und sorgsam vorgenommen werden müssen, kann doch die Verschwendungssucht bei den ihretwegen entmündigten Personen oft nur die Folgeerscheinung falscher Erziehung sein, sodaß möglicherweise das eheliche Zusammenleben in jener Hinsicht korrigierend wirken kann und nach einiger Zeit die Voraussetzungen für die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses gegeben sind.

Bei Vorliegen einer solchen Sachlage wird die Staatsanwaltschaft von der Klageerhebung absehen, denn ein Allgemeininteresse an der Vernichtung dieser Ehe besteht nicht.

§ 1336 II BGB. bietet dem gesetzlichen Vertreter des zur Zeit der Eingehung der Ehe entmündigten, d. h. nur beschränkt geschäftsfähigen Gatten die Möglichkeit, die Ehe anzufechten und sie schließlich durch Nichtigkeitsurteil vernichten zu lassen. Das gleiche Recht steht dem fraglichen Gatten nach Erlangung der vollen Geschäftsfähigkeit zu.

Der gesetzliche Vertreter kann aber auch die Eheschließung nachträglich genehmigen mit der Folge, daß an ihrem Bestande nun nicht mehr gerüttelt werden kann (§ 1337 Abs. 1 BGB.). Die gleiche Wirkung erzielt eine Bestätigung der anfechtbaren Ehe durch den vollgeschäftsfähig gewordenen Ehegatten (§ 1337 Abs. 1 BGB.).

Nach der bürgerlichrechtlichen Regelung hat also der gesetzliche Vertreter eine Zeit lang (vgl. § 1339 BGB.) das Schicksal einer solchen Ehe in der Hand; er kann ihre Vernichtung betreiben oder sie vollgültig machen.

Neben dem Ehehindernis der mangelnden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kennt das BGB. ein aufschiebendes Ehehindernis

---

[54] Genaueres über diese Ermessensfreiheit des Staatsanwalts unten S. 65 ff.

der mangelnden elterlichen Einwilligung. Gemäß § 1305 BGB. bedarf ein eheliches Kind bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres zur Eingehung einer Ehe der Einwilligung des Vaters; ein uneheliches bedarf bis zum gleiche Tage der Einwilligung der Mutter. Ein Vertreter kann diese Einwilligung nicht erteilen; lediglich wenn die Einwilligung einem für volljährig erklärten Kind verweigert wird, kann das Vormundschaftsgericht sie auf Antrag ersetzen, sofern sie ohne wichtigen Grund versagt wurde.

Die Verschiedenartigkeit dieser beiden Rechtsinstitute tritt am deutlichsten in Erscheinung, wenn man sich die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung dieser Erfordernisse vergegenwärtigt.

Gemäß § 1661 BGB. verbleibt den Eltern die Nutznießung am Kindesvermögen, und nach § 1621 BGB. verliert eine Tochter den Anspruch auf Aussteuer, wenn eine Ehe ohne elterliche Einwilligung geschlossen wird. Im übrigen ist die geschlossene Ehe vollgültig.

Demgegenüber ist eine ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eingegangene Ehe anfechtbar; nach § 1364 BGB. tritt Verwaltung und Nutznießung des Mannes nicht ein, sondern Gütertrennung (§ 1426 BGB.), wenn die minderjährige Frau ohne Einwilligung heiratete. Unter Umständen entsteht nach der Vernichtung der Ehe ein Unterhaltsanspruch des einen gegen den anderen Gatten; schließlich können die der Verbindung etwa entsprossenen Kinder unehelich sein — nämlich bei Bösgläubigkeit beider Gatten, vgl. § 1699 BGB. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die sich an den Mangel der elterlichen Einwilligung bzw. des gesetzlichen Vertreters knüpfen, sind ein Ausfluß der verschiedenen Zwecke dieser beiden Rechtsinstitute. Diese Verschiedenheit kommt treffend in folgenden Ausführungen der Denkschrift zum Entwurf zum Ausdruck [55]:

„Die Anfechtbarkeit wegen Mangels der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters findet ihre Rechtfertigung darin, daß dem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten bei einer so wichtigen, das ganze Leben

---

[55] Denkschr. z. Entw. eines BGB. nebst drei Anlagen. Berlin 1896, S. 176.

bestimmenden Handlung, wie es die Eheschließung oder die Bestätigung der Ehe ist, der Schutz nicht entzogen werden darf, welcher ihm selbst bei minder wichtigen Rechtsgeschäften nach den §§ 104 ff., wenn auch in anderer Art gewährt wird. Mit dem Entwurfe stimmen die meisten neueren Gesetze, wenigstens dem Grundgedanken nach, überein . . ."

„Der Mangel der erforderlichen Einwilligung der Eltern bildet keinen Anfechtungsgrund. Zur Wahrung des Ansehens der Eltern genügt es, daß dieser Mangel als aufschiebendes Ehehindernis anerkannt ist, sowie daß die Verletzung der betreffenden Vorschrift für das Kind anderweitige Nachteile hat. Andererseits wird das Kind, solange es minderjährig ist oder sonst in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, dadurch ausreichend geschützt, daß die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist".

Mit nicht zu verkennender Deutlichkeit kennzeichnet hier die Denkschrift die Zwecke der beiden Rechtsinstitute. Die elterliche Einwilligung ist ein Ausfluß des allgemeinen Sittlichkeitsempfindens, daß ein Kind einen so wichtigen Schritt nicht ohne seine Eltern tun soll. Das verlangen Achtung und Autorität der Eltern. Demgegenüber bezweckt die Vorschrift des § 1304 BGB. den Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen. Hier kehrt in etwas veränderter Form und mit anderen Folgen jener das gesamte BGB. beherrschende Grundsatz wieder, daß Rechtsgeschäfte eines beschränkt Geschäftsfähigen zu ihrer Wirksamkeit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfen. Die Besonderheit der ehelichen Verbindung verträgt aber keinen Schwebezustand; bis zur Anfechtung mußte sie deshalb grundsätzlich als gültig angesehen werden.

Vergleicht man hiermit den Zweck der Ehenichtigkeit des neuen Gesetzes, so kann man feststellen, daß sich hier die Wahrung eines Einzelinteresses und der Schutz der Erbgesundheit des Volkes gegenüberstehen. Beide Gesetze haben denselben tatsächlichen Umstand als Kriterium, werten ihn aber verschieden, was schon die Ausdrucksweise erkennen läßt. § 1331 BGB. spricht vom Mangel der Einwilligung, stellt also auf die rechtsgeschäftliche Seite der Eheschließung ab. Das EGG. spricht vom Entmündigten, legt dabei aber nicht auf die zivilrechtliche Folge — die beschränkte Geschäftsfähigkeit — Wert, sondern entscheidend ist hier der biologische Tatbestand, der zur Entmündigung führte.

Das eine Gesetz schützt mithin eine Person, deren Einsichtsfähigkeit nicht groß genug war, einen so wichtigen Schritt in seiner ganzen Tragweite zu überblicken, während durch die andere gesetzliche Vorschrift der Volkskörper vor den unerwünschten Produkten eines erbbiologisch gefährlichen Menschen bewahrt werden soll.

Ueber Wesen und Zweck der beiden Gesetze läßt sich also abschließend sagen: Beide Bestimmungen regeln einen tatsächlichen Umstand, sie bezwecken aber ganz verschiedene Erfolge und dienen unterschiedlichen Bedürfnissen.

2. Bei der geschilderten Lage drängt sich die Frage auf, ob die am Anfang dieses Paragraphen erwähnten Vorschriften des BGB. und des EGG. beziehungslos nebeneinander stehen. Insbesondere bedarf der Klärung, ob nach Wegfall der Nichtigkeit noch die Anfechtungsmöglichkeit besteht und ob der gesetzliche Vertreter anfechten kann trotz bestehender Nichtigkeit. Beide Fragen hängen eng zusammen. Ihre Oberfrage lautet: Hat das Anfechtungsrecht neben der Vernichtbarkeit Bestand?

Bejaht man das Nebeneinander, so ergibt sich folgende Konsequenz: Innerhalb der sechsmonatlichen Frist kann der gesetzliche Vertreter die Ehe anfechten. Mit Erhebung der Anfechtungsklage wird die Ehe zufolge BGB. § 1343 Abs. 1 Satz 1 in Vbdg. mit Absatz 2 zur „nichtigen", d. h. vernichtbaren Ehe; stirbt nun etwa ein Gatte während des Prozesses, so tritt damit Vernichtung der Ehe ex tunc ein. Ehelichkeit oder Unehelichkeit der Kinder bzw. das Entstehen eines Unterhaltsanspruches hängen von der Bösgläubigkeit der Gatten ab.

Der gesetzliche Vertreter bewirkt demnach in solchen Fällen die Vernichtung einer Ehe, deren Schicksal nach dem EGG. ausschließlich der Staatsanwalt bestimmen soll.

In den meisten Fällen dürften allerdings, wenn Vernichtung der Ehe erfolgt, die Interessen der Allgemeinheit und die des Einzelnen in einer Richtung laufen; das immer dann, wenn auch die Staatsanwaltschaft den Willen zur Erhebung der Nichtigkeitsklage hat.

Nur dann kann es zu einer Kollision der Interessen kommen, wenn etwa die Staatsanwaltschaft sich entschließt, von der Klageerhebung abzusehen, weil unter der erzieherischen Einwirkung des anderen Gatten

der Entmündigte sich umgestellt und seinen Hang zu unnötigen Geldausgaben aufgegeben hat, sodaß mit einer Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses gerechnet werden kann. Diese eheerhaltenden Bemühungen würden dann durchkreuzt, wenn der gesetzliche Vertreter Anfechtungsklage erheben sollte.

Allerdings kann auch in solchen Fällen kein großer Schaden entstehen, denn nach Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses steht einer neuen Eheschließung nichts im Wege.

Nach Heilung der Nichtigkeit muß es ebenfalls dem gesetzlichen Vertreter unbenommen sein, die Ehe anzufechten. Dieses Ergebnis läßt sich damit rechtfertigen, daß man folgenderweise argumentiert: Gesundheitliche und erbbiologische Bedenken bestehen gegen diese Ehe zwar nicht mehr. Das Schutzinteresse des Einzelnen ist aber so groß, daß zu seiner Wahrnehmung auch jetzt noch die Vernichtungsmöglichkeit der Ehe bestehen muß. Solche Fälle werden außerdem selten sein, denn nur schwer kann man sich vorstellen, daß etwa die Entmündigung wegen Verschwendung in den ersten sechs Monaten der Ehe erledigt sein soll und noch rechtzeitig Klage erhoben worden ist.

3. Das Ergebnis der Untersuchung läßt sich demnach dahin zusammenfassen, daß das Schutzinteresse des einzelnen so groß ist, daß die Anfechtungsmöglichkeit neben der Entscheidung der Staatsanwaltschaft Platz hat.

II. Das Verhältnis der übrigen Anfechtungsvorschriften des BGB. zu den Bestimmungen über die Ehenichtigkeit nach EGG.

Das Zusammentreffen der §§ 1332 bis 1335 BGB. mit den Vorschriften des Ehegesundheitsgesetzes muß immer zu einer kumulativen Anwendung beider Gesetze führen [56].

Ein Konkurrenzproblem im oben erörterten Sinne kann hier nicht auftreten, da stets zwei tatsächliche Umstände, mithin zwei Tatbestände der Wertung unterliegen, nicht dagegen wie im Fall des § 1331 und § 1 EGG. nur einer, der zweimal gewürdigt wird.

---

[56] Die Nichtigkeitsklage des Staatsanwalts hält — freilich ohne nähere Begründung — für ausschließlich gegeben: H. A. Fischer, a.a.O., § 4 IV (S. 24).

III. Die Rechtfertigung der Zulassung einer kumulativen Konkurrenz von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit durch die Annahme von Doppelwirkungen im Recht.

Nach den obigen Ausführungen kann sich folgende Rechtslage ergeben: Die Staatsanwaltschaft erhebt auf Grund von § 3 EGG. Nichtigkeitsklage, und der gesetzliche Vertreter des einen Gatten ficht die Ehe gemäß § 1331 BGB. an. Veranlassung dazu gibt ihm insbesondere die Erwägung, daß sein Mündel zwar die Sach- und Rechtslage hinsichtlich der Ehenichtigkeit nach dem Ehegesundheitsgesetz, nicht aber die Fehlerhaftigkeit nach dem BGB. gekannt hat [57].

Ein solches Nebeneinander von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit läßt sich nur vom Boden der Lehre von den Doppelwirkungen im Recht erklären und rechtfertigen. Diese von Theodor Kipp im Jahre 1911 begründete Lehre scheint, namentlich neuerdings, stark im Vordringen begriffen [58]. Noch allerdings überwiegt wohl die Meinung, daß dort, wo keine Rechtswirkung ist, eine solche auch nicht beseitigt werden kann; m. a. W., daß ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht angefochten werden kann. Auf die Besonderheiten der Ehenichtigkeit bzw. -anfechtbarkeit bezogen, müßte diese Ansicht also lauten: Da durch die Ehenichtigkeitsklage der Staatsanwaltschaft die Ehe bereits mit Wirkung ex tunc vernichtet worden ist, ist ihre Anfechtung überflüssig, ja unmöglich.

Diese Auffassung geht von der Vorstellung aus, die Anfechtung beseitige ein gegenständlich faßbares Etwas; wo dieses nicht vorhanden sei, könne nicht angefochten werden. Diese Ansicht begegnet in verschiedenen Abwandlungen. So argumentiert v. Tuhr z. B., Rechte seien zwar keine körperlichen Dinge; aber auch den geistigen Dingen sei, wie den

---

[57] Dieser Fall kann eintreten, wenn das EGG. längere Zeit in Kraft ist und die Eheberatung mit ihren Konsequenzen eine Selbstverständlichkeit geworden ist, während die bürgerlich-rechtliche Regelung etwas in Vergessenheit geraten ist.

[58] Als Anhänger sind außer Hubernagel und den bei ihm Arch. f. ziv. Prax. Bd. 138, S. 227 Anm. 5 Aufgeführten noch zu nennen: Frz. Leonhard, a.a.O., Bem. I E 1 zu § 2339 BGB.; (Enneccerus-) Nipperdey, a.a.O., § 190 III 7; Stoll, a.a.O., S. 75.

körperlichen, eine Realität, wenn auch von anderer Beschaffenheit, zuzusprechen [59]. A. H. Fischer formuliert diesen Gedanken dahin, das subjektive Recht bedeute ein Haben. Es sei ein Objekt. Ein solches Objekt könne auch als unkörperlicher, nicht sinnlicher Gegenstand gedacht werden. Bei der Uebertragung des Rechts werde jedoch der Gegenstand mit der Raum- und Zeitvorstellung verknüpft. Veräußerer und Erwerber seien nämlich verschiedene Oerter, zwischen denen das Objekt wandere [60].

Diesen Gedanken ist gemeinsam die Vorstellung vom Recht als einem Objekt.

Demgegenüber weist Theodor Kipp [61] nach, daß das Recht aus einer Summe hypothetischer Imperative besteht, deren Unbedingtwerden vom Vorliegen juristisch erheblicher Tatsachen abhängt. Rechtswirkung ist demnach nicht das Ergebnis einer Kausalkette, aber auch nicht etwas Reales oder ein Objekt im Sinne von Tuhrs und Fischers, sondern jenes Unbedingtwerden eines Imperativs. Die Entstehung einer Verpflichtung bedeutet also, daß ein hypothetisches „Du sollst" sich in ein unbedingtes umwandelt. Ein solcher Imperativ kann auch mehrfach ergehen.

Zu demselben Ergebnis gelangt Peter [62]. Er beweist insbesondere, daß die unterschiedliche Betrachtung von Obligation und Eigentum durch die Vertreter der herrschenden Meinung auf einer Verkennung des Wesens des subjektiven Rechts beruht. Subjektives Recht bedeutet nicht ein Haben, sondern eine Beziehung von Person zu Person oder von Person zur Sache [63].

Binder [64], der sich mit dem Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge eingehend befaßt, kommt zu dem Ergebnis, eine Kausalität walte nicht zwischen ihnen. Die Rechtsfolge könne nicht als Veränderung eines Zustandes gedacht werden, denn sie habe keine gegenständliche Wir-

---

[59] v. Tuhr II, 1 S. 4 Anm. 7.
[60] Arch. f. ziv. Prax. Bd. 117 S. 171.
[61] Ueber Doppelwirkungen S. 210 ff.
[62] Arch. f. ziv. Prax. Bd. 132 S. 1 ff.
[63] Peter a.a.O. S. 19.
[64] Binder, Philosophie des Rechts S. 903 ff.

kung; sie sei überhaupt nichts, was in irgendeinem Sinne bewirkt oder bezweckt werden könnte. Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge sei vielmehr das logische Verhältnis von Grund und Folge. Die Rechtsfolge bestehe demnach in einer logischen Beziehung des Tatbestandes auf den Rechtssatz. Diese Beziehung nennt Binder die „Normbetroffenheit des Tatbestandes". Die Rechtsfolge kann demnach weder verursacht noch bezweckt werden, weder von der Partei noch vom Gesetzgeber. Erstere kann nur den Tatbestand wollen, letzterer nur die Norm. Die Rechtsfolge ist demnach die logische Beziehung des ersteren auf die letztere.

Denselben Gedanken bringt in anderer Formulierung Hubernagel zum Ausdruck, wenn er sagt, die Geisteswissenschaften ergründen Zuordnungen von Werten [65]. Nichtigkeit bedeute demnach normative Zuordnung, daß der Tatbestand nicht nach rechtsgeschäftlichen Regeln zu bewerten sei; das Vorliegen des Sachverhalts könne nicht weggeleugnet werden, und es bliebe immer noch die Möglichkeit, ihn nochmals normativ nach einer anderen Rechtsregel zu werten.

Die Sanktionsversagung nehme nicht etwas Vorhandenes weg, sondern hindere eine bestimmte Rechtsfolge, wobei die Prüfung anderer Normen unberührt bleibe, denn die Subsumtion sei ein Denkvorgang und könne beliebig kumuliert werden.

Schon Theodor Kipp [66] hat darauf aufmerksam gemacht, daß § 142 Abs. 1 BGB. nicht die Formulierung aufweist, der Anfechtungsberechtigte kann durch die Anfechtungserklärung die Wirkungen des Geschäfts mit rückwirkender Kraft beseitigen, sondern daß es dort heißt, „das Rechtsgeschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen". Eine andere Formulierung vermag ein vernünftiger Gesetzgeber auch nicht zu wählen, denn eine mit rückwirkender Kraft ausgestattete Aenderung der Tatsachen ist seiner Wirkungsmöglichkeit entzogen. Was er vermag, ist, diesem Faktenkomplex die rechtliche Sanktion zu versagen.

Nur von diesen Gedankengängen aus lassen sich gewisse Bestimmungen des geltenden Rechts verstehen [67]. Vom Boden naturwissenschaft-

---

[65] Arch. f. ziv. Prax. Bd. 137 S. 205 ff. [66] Kipp a.a.O.
[67] Zum folgenden: Hubernagel, System der Doppelwirkungen im Zivilrecht.

licher Betrachtungsweise ist es unverständlich, daß ein Rechtsgeschäft bestimmten Personen gegenüber wirksam, anderen gegenüber unwirksam ist. Hingegen ist die Regelung durchaus verständlich, wenn man sich von dieser Betrachtungsweise frei macht, denn auch hier wird ein Sachverhalt mehrmals gewertet. Man hat in dieser Bestimmung des § 135 eine gesetzliche Anerkennung der Doppelwirkungen gesehen. (Peter).

Zu diesen Fällen gehört auch die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit, eine Ehe auf Klage und Widerklage hin zu scheiden, wenn zu Lasten beider Gatten Ehescheidungsgründe bestehen. Das ist eine doppelte Ehescheidung in einem Urteil. Die Rechtsfolge beruht auf doppelten Gründen.

Nach § 1309 Abs. 1 Satz 2 BGB. kann die Eheschließung unter denselben Personen wiederholt werden, ohne daß vorher eine Nichtigkeitserklärung der Ehe erfolgen muß. War die erste Eheschließung gültig, so liegt auch hier doppelte Begründung einer Rechtsfolge vor.

Ebenso kann eine Rechtsfolge aus doppelten Gründen verneint werden. Fälle dieser Art sind gegeben bei mehrfacher Nichtigkeit, mehrfacher Anfechtbarkeit oder beim Zusammentreffen von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Um einen solchen Fall handelt es sich in dieser Arbeit. Seine Besonderheit liegt darin, daß die Nichtigkeit im Ehegesundheitsgesetz nicht selbstwirkend ist, sondern erst durch die Nichtigkeitsklage und das Nichtigkeitsurteil herbeigeführt werden muß.

Wird aber die Ehe auf Nichtigkeitsklage der Staatsanwaltschaft hin und außerdem auf Anfechtungsklage des gesetzlichen Vertreters hin vernichtet, so tritt doppelte Verneinung einer Rechtsfolge ein.

Es handelt sich also auch hier um eine Doppelwirkung.

II. Abschnitt:

Vier Probleme innerhalb des Ehegesundheitsgesetzes.

§ 7: Kritische Würdigung von § 1 Abs. 1 Buchstabe b und Versuch einer analogen Anwendung des § 1 Abs. 2 auf Fälle gem. Buchstabe b.

I. Das EGG. zeichnet sich im allgemeinen durch eine erfreuliche Elastizität aus, die hoffen läßt, daß die praktische Handhabung des Gesetzes eine gerechte Behandlung vieler Arten von Fällen ermöglichen wird.

So führt beispielsweise die Ausschaltung des § 1329 BGB. im Rahmen des EGG. dazu, daß nicht jede dem Verbot des § 1 EGG. zuwider geschlossene Ehe vernichtet wird; die Ermessensfreiheit der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Frage, ob Nichtigkeitsklage erhoben werden soll oder nicht [68], läßt vielmehr eine individuelle Fallbehandlung zu.

Ferner sucht der Gesetzgeber einer schablonenhaften Anwendung des Gesetzes dadurch zu begegnen, daß er zur Vermeidung unbilliger Härten im § 6 EGG. die Möglichkeit geschaffen hat, Befreiungen von den Vorschriften des Gesetzes zu bewilligen.

Die Tendenz, möglichst allen Fällen gerecht zu werden, zeigt sich besonders deutlich in der Formulierung der Tatbestände des § 1 EGG.

Indem nämlich der Gesetzgeber das Verbot der Eheschließung – bis auf eine Ausnahme – nicht an das Vorliegen eines Sachverhaltes allein knüpft, sondern die Auswirkungen dieser Umstände im Einzelfalle ausschlaggebend sein läßt, verleiht er dem Gesetz eine große Anpassungsfähigkeit.

1. So verbietet Buchstabe *a* nicht schlechthin immer dann die Eingehung der Ehe, wenn einer der Verlobten an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit leidet; hinzukommen muß vielmehr, daß die Krankheit im Einzelfall eine erhebliche Schädigung des anderen Teiles oder der Nachkommen befürchten läßt.

---

[68] Darüber Genaueres unten S. 65 ff.

Bei Vorliegen einer solchen Krankheit wird demnach die Entscheidung darüber, ob die beabsichtigte Ehe geschlossen werden darf, sehr unterschiedlich sein können. Ausschlaggebend dürften dabei etwa Umstände sein wie die, ob aus der Ehe Kinder zu erwarten sind oder nicht, ob eine Ansteckungsgefahr für den Gatten besteht oder nicht, schließlich, ob ein Gatte Kinder mit in die Ehe bringt; wenn ja, ob sie im ehelichen Haushalt aufgenommen werden sollen oder anderswo untergebracht sind, sodaß eine Ansteckung nicht wahrscheinlich ist [69].

Man kann demnach nicht schlechthin behaupten: wenn einer der Verlobten an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit leidet, ist die Ehe verboten. Erst die genaue Prüfung des Einzelfalles führt hier zur richtigen Gesetzesanwendung.

2. Eine starke Rücksichtnahme auf die Besonderheiten des einzelnen Falles ermöglicht auch der Tatbestand des B u ch st a b e n *c*. Nur wenn die in Aussicht genommene Eheschließung für die Volksgemeinschaft unerwünscht erscheint, ist die geistige Störung des einen Verlobten Verbotsgrund. In diesem Zusammenhang bringt Brandis [70] zum Ausdruck, daß eine Ehe, in der ein Teil eine geistige Störung aufweise, dann für die Volksgemeinschaft noch tragbar sei, wenn daraus wegen Unfruchtbarkeit des anderen Teils keine Kinder hervorgehen können. Auch im Kommentar von Gütt-Linden-Maßfeller [71] wird darauf hingewiesen, daß beide Verlobten gewürdigt werden müssen und erst auf Grund dieser Prüfung die Entscheidung über Erwünschtheit oder Unerwünschtheit der Ehe getroffen werden darf. Sehr gut denkbar ist es, daß die guten Eigenschaften des einen Verlobten einen mäßigen geistigen Tiefstand des anderen ausgleichen, sodaß die Eheschließung erlaubt werden darf.

3. Den gleichen Gedanken — Rücksichtnahme auf die Besonderheiten des Falles — enthält auch B u ch st a b e *d*. Dort kommt er in anderer Form zum Ausdruck, indem ihm das Gesetz einen besonderen Absatz widmet.

---

[69] Vgl. Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. Erl. II, 2 zu § 1 EGG. S. 50 und Erl. II, 4 zu § 1 S. 60.

[70] Brandis a.a.O. Erl. III, 3b zu § 1 EGG. S. 119.

[71] a.a.O. S. 65.

Der Grund für die Schaffung derartig elastischer Tatbestände ist darin zu sehen, daß eine vom erbbiologischen Standpunkt aus an sich unerwünschte Eheschließung dann gestattet werden soll, wenn aus ihr eine Nachkommenschaft nicht zu erwarten ist oder eine Gefährdung des anderen Gatten unmöglich erscheint. Der Gesetzgeber ist also bemüht gewesen, den Menschen, deren Fortpflanzung aus erbbiologischen und bevölkerungspolitischen Gesichtspunkten unerwünscht ist, wenigstens die Möglichkeit zu geben, das Leben in Gemeinschaft mit einem Gefährten zu verbringen.

Diese Regelung ist offenbar nicht nur im Interesse dieser Einzelmenschen, sondern im Hinblick auf die Volksgesundheit getroffen worden, denn ein starres Verbot der Heirat solcher Menschen hätte sicherlich zu einer Mehrung der Konkubinate und zu einer Vergrößerung der Zahl der erbbiologisch belasteten unehelichen Kinder geführt.

II. Es muß befremden, daß dieses Prinzip des Ehegesundheitsgesetzes, die Tatbestände elastisch zu gestalten, einmal verlassen worden ist, nämlich in dem Buchstaben *b* des *§ 1 EGG*.

1. Die Begründung zum Gesetz [72] führt dazu aus, dieses Verbot beruhe auf der Erwägung, daß geistesschwache Personen wegen der Gefahr der Vererbung ihrer Anlagen auf den zu erwartenden Nachwuchs von dem Fortpflanzungsprozeß nach Möglichkeit ferngehalten werden sollen. Auch Verschwendung und Trunksucht seien vielfach die Folge minderwertiger geistiger Erbanlagen, sodaß die Eingehung einer Ehe mit solchen Personen nicht nur dem anderen Ehepartner eine Enttäuschung bringen dürfte, sondern auch die ordentliche Erziehung und Wartung der Kinder gefährde.

Denselben Gedanken verwerten Gütt-Linden-Maßfeller zur Begründung dieses Verbotes [73]. Ebenso Brandis [74].

Offenbar — das kann man der amtlichen Begründung entnehmen — ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß bei den Entmündigten eine

---

[72] abgedruckt b. Gütt-Linden-Maßfeller S. 37 ff.
[73] a.a.O. S. 62.
[74] a.a.O. S. 116.

Vermutung für eine gewisse erbliche Belastung bestehe, die eine generelle Ausschließung solcher Personen aus dem Fortpflanzungsprozeß verlange.

Aber schon die Formulierung der Begründung: „Gefahr der Vererbung . . .“ und: „vielfach die Folge . . .“ gibt zu erkennen, daß nicht immer eine vererbliche geistige Minderwertigkeit Entmündigungsgrund zu sein braucht. So kann eine Geisteskrankheit durch äußere Ursachen hervorgerufen werden, ebenso eine Geistesschwäche. Verschwendung kann anerzogen sein. Die starre Fassung des Buchstaben b erlaubt aber keine Ausnahme vom Verbot.

2. Es ist nicht Zweck dieser Ausführungen, einer generellen Heiratserlaubnis der Entmündigten das Wort zu reden. Bleibt doch selbst bei Nichtvererblichkeit ihrer Anlagen zu beachten, daß die Eheverbote auch mit Rücksicht auf den anderen Gatten geschaffen worden sind. Vielfach aber werden solche Leute nicht imstande sein, eine ordentliche Ehe zu führen. Die Problematik der Regelung des Buchst. *b* liegt nur in ihrer Starrheit begründet. Ist es doch nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber hier den Grundsatz, eine erbbiologisch unerwünschte Eheschließung dann zu gestatten, wenn aus ihr kein Nachwuchs hervorgehen kann, hat fallen lassen.

a) Welche rechtspolitischen Ueberlegungen können dafür geltend gemacht werden? Warum soll eine wegen Geistesschwäche entmündigte Person nicht einen unfruchtbaren Partner heiraten dürfen? Es ist sehr wohl vorstellbar, daß eine ganze Anzahl von Entmündigten vorhanden ist, die zur Führung einer Ehe geeignet sind; andererseits sind keine Gründe anzuführen, die die vom Gesetz bewirkte Schlechterstellung der Entmündigten gegenüber den Geistesgestörten im Sinne des Buchstaben c oder den Erbkranken rechtfertigen könnten. Besonders deutlich wird die Problematik dieser Regelung, wenn man bedenkt, daß im allgemeinen nur solche Menschen entmündigt werden, deren persönliche Angelegenheiten, wie Besitz und Vermögen, das erfordern. Der Umfang dieser persönlichen Angelegenheiten kann entscheidend dafür sein, ob der Betreffende jede Aussicht auf eine Lebensgemeinschaft mit einem anderen Menschen verloren hat oder aber auf Grund des weit gefaßten Tatbe-

standes des Buchstaben c wenigstens mit der *Möglichkeit*, heiraten zu dürfen, rechnen darf.

Die angestellten Erwägungen erhalten noch eine Stütze, wenn man bedenkt, daß dieses generelle Heiratsverbot für die Entmündigten eine Gefahr in sich trägt, deren Auswirkungen sehr bedenkenerregend sind.

Indem man nämlich den Entmündigten schlechthin die Eheschließung versagt, drängt man sie auf den Weg außerehelicher geschlechtlicher Betätigung, was befürchten läßt, daß sich die Zahl der unehelichen Kinder belasteter Art erhöht.

b) Besonderer Würdigung bedarf die *Entmündigung wegen Verschwendung*.

In der Literatur[75] wird bei Erörterung dieser Vorschrift darauf hingewiesen, der Verschwender habe sein Schicksal in der Hand; lasse er von seinem Laster ab, so könne der Entmündigungsbeschluß aufgehoben und damit die Voraussetzung für eine Eheschließung geschaffen werden.

Dieser Argumentation mangelt die Einsicht darin, daß solche Leute ohne fremde Hilfe selten von ihrem Laster loskommen. Sehr gut denkbar aber ist es, daß unter dem erzieherischen Einfluß eines energischen Gatten dieser Hang zu unnötigen Geldausgaben beseitigt wird. Aber diese Möglichkeit ist durch die Fassung der Ziffer b ausgeschlossen.

Diese Rechtslage ist geradezu ein Anreiz zur Umgehung des Gesetzes.

3. Die oben geschilderte Sachlage legt die *Erwägung* nahe, ob es nicht möglich ist, *den in den Buchstaben c und d niedergelegten Gedanken*, eine Ehe, die an sich unerwünscht ist, dann zu gestatten, wenn daraus kein Nachwuchs hervorgehen kann, *auch im Rahmen des Buchstaben b anzuwenden*.

Aus schon angeführten Gründen kommen für derartige Erwägungen selbstverständlich nur solche Personen in Betracht, die überhaupt fähig sind, eine Ehe zu führen.

---

[75] z. B. Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 62.

Aber auch innerhalb dieser Gruppe muß eine Unterscheidung gemacht werden zwischen denen, deren Entmündigungsgrund auf einer vererblichen Anlage beruht, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist.

Würde man nämlich für alle die Eheschließung mit einer unfruchtbaren Person zulassen, so stände bei den letzteren immer zu befürchten, daß eines Tages der Entmündigungsbeschluß aufgehoben würde, und dann ein gesunder Mensch an einen unfruchtbaren Partner gebunden wäre und auf diese Weise der Gemeinschaft Kinder vorenthalten würden.

Gegenstand unserer Ueberlegungen können demnach nur die Entmündigten sein, bei denen eine vererbliche Anlage vorhanden ist, die aber nicht als eine Erbkrankheit im Sinne des Buchstaben d anzusehen ist.

Diese Gruppe von Menschen weist eine gewisse Aehnlichkeit mit den von dem Buchstaben d umfaßten auf. In beiden Gruppen handelt es sich um Menschen, die ihre Krankheit möglicherweise auf etwa gezeugte Kinder weitervererben. Deshalb müssen sie von der Fortpflanzung ausgeschlossen werden.

Der Gruppe der Erbkranken hat nun der Gesetzgeber im Abs. 2 des § 1 EGG. aus schon oft angeführten Erwägungen die Eheschließung mit einer unfruchtbaren Person erlaubt.

Da nun die Gruppe der erblich belasteten Entmündigten aus demselben Grunde von der Fortpflanzung ferngehalten wird (vgl. Begründung zum Gesetz), besteht alle Veranlassung, ihnen auch dieselbe Vergünstigung zu gewähren wie den Erbkranken, indem man im Wege sinngemäßer Anwendung des Abs. 2 im Rahmen des Buchstaben b auch ihnen die Heirat mit einer unfruchtbaren Person erlaubt, sofern sie eine ordentliche Ehe zu führen in der Lage sind.

Es muß noch einmal darauf hingewiesen werden, daß nicht nur im Interesse der Entmündigten diese Regelung begrüßenswert ist, sondern daß damit einer außerehelichen geschlechtlichen Betätigung dieser Menschen und deren unerwünschten Folgen vorgebeugt werden kann.

Ausdehnen kann man diese Lösung auf solche Personen, deren Entmündigungsgrund zwar nicht auf einer vererblichen Anlage beruht, bei denen aber nach der Ueberzeugung des Amtsarztes eine Heilung voraussichtlich nicht eintreten wird.

§ 8: Heilung der Ehenichtigkeit trotz Nichtigkeitsurteils?

I. § 3 Abs. 2 EGG. bestimmt, daß eine im Sinne des Gesetzes nichtige Ehe von Anfang an gültig wird, wenn das Ehehindernis später wegfällt. Eine Frist, innerhalb deren diese Heilungsmöglichkeit besteht, nennt das Gesetz nicht. Dieser Umstand legt einen Vergleich mit der Vorschrift des § 1328 BGB. nahe, die für die Heilungsmöglichkeit einer wegen des Ehehindernisses des Ehebruchs nichtigen Ehe auch eine Frist nicht bestimmt.

Die Fassung des § 3 Abs. 2 EGG. gibt daher Veranlassung zu der Frage, die auch im gesamten Schrifttum zu § 1328 BGB. erörtert worden ist: Besteht die Heilungsmöglichkeit nur bis zur Nichtigerklärung der Ehe, oder kann darüber hinaus auch der später erfolgende Wegfall des Ehehindernisses die Heilung der Nichtigkeit bewirken?

1. Zwar meint Maßfeller[76], ein unbefangener Volksgenosse, dessen Gedächtnis mit juristischen Streitfragen nicht belastet ist, könne gar nicht auf den Gedanken kommen, daß die Ehenichtigkeit noch geheilt werden könne, wenn das Gericht bereits die Nichtigkeit ausgesprochen habe, und da die Gesetze des nationalsozialistischen Staates „so abgefaßt werden, daß sie von allen Volksgenossen verstanden werden können, an die sie sich richten"[77], scheine schon aus diesem Grunde nicht zweifelhaft zu sein, was der Gesetzgeber gemeint habe.

Wie wenig stichhaltig dieses Argument ist, erhellt schon aus der Tatsache, daß es dem unbefangenen Volksgenossen sehr wahrscheinlich einige Schwierigkeiten machen wird, die dem Juristen völlig geläufige Regelung zu verstehen, wonach zunächst gewisse Ehen verboten, die dem Verbot entgegen eingegangenen Verbindungen vom Gesetz als nichtig bezeichnet, aber dennoch vorläufig, ja unter Umständen — nämlich dann, wenn keine Nichtigkeitsklage erhoben wird — dauernd als gültige Ehen behandelt werden. Der Sinn und die Tragweite eines Gesetzes können eben nicht von der Auffassungsgabe des unbefangenen Volksgenossen bestimmt werden.

---

[76] Maßfeller: Heilung der Ehenichtigkeit trotz Nichtigkeitsurteil, in JW. 1935 S. 3429 unten rechts.
[77] a.a.O. S. 3429.

Maßfeller argumentiert weiter, von vereinzelten Stimmen abgesehen [78] habe das gesamte Schrifttum hinsichtlich des § 1328 BGB. eine Heilung der Ehenichtigkeit dann für nicht mehr möglich gehalten, wenn die Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden sei; hätte der Gesetzgeber diese heute fast einhellige Meinung im Rahmen des § 3 Abs. 2 EGG. ablehnen wollen, dann wäre sicherlich eine entsprechende Regelung ausdrücklich getroffen worden [79].

Schließlich sei auch aus praktischen Gründen eine andere Regelung unmöglich. Dafür spreche insbesondere folgende Erwägung: Mit der Rechtskraft des Urteils sei die bis dahin nur vernichtbare Ehe endgültig vernichtet worden. Die Ehegatten der nichtigen Ehe hätten nun die Möglichkeit, eine neue einzugehen; es sei sogar erwünscht, daß der gesunde Teil sich einen anderen gesunden Partner suche. Würde man die Heilungsmöglichkeit nach der Nichtigkeitserklärung zulassen, so müßte der gesunde Teil, der inzwischen eine neue eheliche Verbindung eingegangen wäre, immer damit rechnen, daß mit dem Wegfall des der ersten Ehe entgegenstehenden Hindernisses er in einer vom Gesetz verbotenen und unter Strafe gestellten Doppelehe leben würde. Einer solchen Gefahr dürfe aber der Gesetzgeber keinen Menschen aussetzen.

2. In den Kommentaren zum EGG. ist die Frage nur wenig erörtert [80].

Ausführlicher hat sich Knothe damit befaßt [81]. Knothe argumentiert etwa folgendermaßen: Die wörtliche Auslegung der Vorschrift führe zu dem Schluß, daß sie sich nur auf den Abs. 1 beziehen könne. Jener spreche aber nur von dem Zeitraum, der zwischen der betrügerischen Eheerschleichung und der Erhebung der Nichtigkeitsklage liege. Daraus sei zu folgern, Abs. 2 lasse die Heilung nach Wegfall des Hin-

---

[78] Vgl. die Angaben über den Stand der Meinungen bei Maßfeller, a.a.O. S. 3430.

[79] Maßfeller a.a.O. S. 3430.

[80] Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 102, V und Brandis a.a.O. S. 142 halten eine nachträgliche Heilung für ausgeschlossen, wobei sich Brandis auf die Erfordernisse der Rechtssicherheit beruft. Stuckart-Globke lassen die Frage überhaupt unerörtert.

[81] Knothe: Heilung der Nichtigkeit trotz Nichtigkeitsurteil, JW. 1935 S. 3428.

dernisses nur in diesem — nämlich im Abs. 1 genannten — Zeitraum zu.

Diese wörtliche Interpretation dürfe jedoch nur das letzte Hilfsmittel sein. Aber auch systematisch komme man zu demselben Ergebnis. Der Vergleich der in Frage stehenden Vorschrift mit den Bestimmungen des BGB., insbesondere §§ 1324, 1325 und 1328 BGB., führe zu folgenden Ergebnissen:

Da der Gesetzgeber in § 1325 Abs. 2 BGB. eindeutig festgelegt habe, daß die Heilung nicht mehr eintreten könne, wenn die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst worden sei, müsse man erwägen, ob nicht — da eine solche einschränkende Vorschrift in § 3 Abs. 2 EGG. fehle — trotz eines ergangenen Nichtigkeitsurteils eine Heilung möglich sei, oder ob man im Wege der Analogie den einschränkenden Relativsatz des § 1325 Abs. 2 BGB., „bevor die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist", dem § 3 Abs. 2 EGG. einverleiben solle.

Knothe entscheidet sich für die zweite Möglichkeit und zwar mit folgenden Gründen: Für eine solche Ansicht spreche insbesondere der das gesamte Rechtsleben durchziehende ungeschriebene Rechtssatz, daß ein einmal ergangenes rechtskräftiges Urteil grundsätzlich nicht mehr beseitigt werden könne. Es sei aber als eine Mißachtung rechtskräftiger Urteile anzusehen, wenn trotz eines solchen Urteils die Heilung der Ehenichtigkeit eintreten könne.

Auch die ratio legis verbiete diese Heilung. Der Gesetzgeber wolle mit der Aufstellung der neuen Ehehindernisse dem Ziele der Schaffung gesunden Nachwuchses näherkommen. Habe nun einmal ein Ehehindernis bestanden und der Staat die dennoch geschlossene Ehe für nichtig erklärt, dann bleibe selbst bei Wegfall des Hindernisses die Tatsache bestehen, daß die Voraussetzungen für die Aufzucht gesunden Nachwuchses in dieser Ehe zunächst einmal nicht bestanden hätten. Der Wegfall allein könne nicht die ursprünglich unerwünschte und für nichtig erklärte Ehe plötzlich erwünscht machen. Hierfür sei vielmehr die Beibringung eines Ehetauglichkeitszeugnisses der bessere Weg.

Schließlich weist auch Knothe auf die von Maßfeller erwähnte Folge hin, daß möglicherweise der wieder heiratende Gatte der Gefahr ausgesetzt würde, in verbotener Doppelehe zu leben.

II. In den Erörterungen zu § 1328 BGB. spielt bei den Vertretern der herrschenden Lehre wohl eine entscheidende Rolle die meist unausgesprochene, aber z. B. in v. Staudingers Kommentar[82] ausdrücklich zugestandene Ueberlegung, daß bei Erteilung der Befreiung nach Auflösung oder rechtskräftiger Nichtigerklärung der Ehe ein Rechtsverhältnis, dessen Mängel geheilt werden könnten, überhaupt nicht mehr vorhanden sei. Auch hier also, wie schon an anderer Stelle, tritt uns naturwissenschaftliches Denken entgegen. Wer sich davon nicht zu befreien vermag, wird allerdings schwerlich anders entscheiden können, als die Vertreter der herrschenden Meinung es zu § 1328 BGB. und zu § 3 Abs. 2 EGG. tun. Indessen ist diese Art der Betrachtung juristischer Dinge seit der Abhandlung von Theodor Kipp: „Ueber Doppelwirkungen im Recht" im Abnehmen begriffen. Seiner Grundanschauung folgend sind wir an früherer Stelle dazu gelangt, Konkurrenz der Nichtigkeit nach dem EGG. und der Anfechtbarkeit nach BGB. anzuerkennen[83]. Von diesem Standpunkt aus kann es auch für die Beantwortung der gegenwärtig zur Untersuchung stehenden, an § 3 Abs. 2 EGG. anknüpfenden Frage keine grundsätzlichen dogmatischen Schwierigkeiten geben, die Lösung wird vielmehr im wesentlichen davon abhängen, welche praktischen Auswirkungen es hat, wenn man sich für die Möglichkeit nachträglicher Heilung der Ehe entscheidet.

1. Bei solcher Betrachtungsweise wiegt nun allerdings in den Darlegungen Knothes und Maßfellers recht schwer der Hinweis auf die Folgen, die die Heilung der Ehenichtigkeit haben würde, wenn der gesunde Teil der vernichteten Ehe eine neue eheliche Verbindung eingegangen ist. Den genannten Verfassern ist darin zuzustimmen, daß der Gesetzgeber niemanden der Gefahr aussetzen darf, in verbotener Doppelehe zu leben.

Allein mit diesem Hinweis erledigt sich das Problem keineswegs, er kann höchstens einen Anhaltspunkt für die Begrenzung der Heilungsmöglichkeit abgeben.

Unbeachtlich erscheint der Einwurf von Knothe, die nachträgliche Heilung sei eine Mißachtung rechtskräftiger Urteile, insbesondere könne die

---

[82] Bem. 3 zu § 1328.

[83] Vgl. oben S. 47 ff.; dort auch die nähere Begründung für unsere grundsätzliche Haltung.

einmal unerwünscht gewesene Ehe nicht plötzlich erwünscht werden; der bessere Weg sei die Beibringung eines Ehetauglichkeitszeugnisses.

Dem ist entgegenzuhalten, daß ja auch dann, wenn vor der Vernichtung, d. h. vor der Nichtigerklärung, das Ehehindernis wegfällt, aus der zunächst unerwünscht gewesenen eine nunmehr erwünschte Ehe wird, ohne daß ein Tauglichkeitszeugnis notwendig wäre.

2. In den folgenden Ausführungen wird versucht, die Notwendigkeit der Zulassung einer Heilung der Ehenichtigkeit trotz vorangegangenen Nichtigkeitsurteils darzutun.

a) Grundlage der Untersuchung ist folgender Fall:

Eine wegen Verstoßes gegen *§§ 1, I b* und *3 EGG.* nichtige Ehe ist auf Klage der Staatsanwaltschaft hin durch Nichtigkeitsurteil vernichtet worden. Während der zweijährigen Dauer der Ehe, der ein Kind entsprossen ist, hat sich die Verschwendungssucht des aus diesem Grunde entmündigten Mannes unter dem erzieherischen Einfluß seiner Frau so verringert, daß ein Verfahren auf Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses Aussicht auf Erfolg hat. Tatsächlich wird ein solches Verfahren eingeleitet und der Entmündigungsbeschluß aufgehoben. Erfreut über die Möglichkeit, nun die Eheschließung mit seiner Frau vollwirksam vornehmen zu können, begibt sich der Mann zum Gesundheitsamt; unterwegs kommt er bei einem Autounfall ums Leben.

Wer in diesem Fall annimmt, die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses habe keine die Nichtigkeit heilende Wirkung, muß in Kauf nehmen, daß nun die Frau endgültig den Namen ihres Mannes verloren hat, daß sie ihn nicht beerben wird und nun mit einem unehelichen Kind und einem gesellschaftlichen Makel behaftet dasteht. Auch das Kind kann keine erbrechtlichen Ansprüche geltend machen, da es ja als mit seinem Erzeuger nicht verwandt gilt.

Rücksichtnahme und Verantwortung dem überlebenden Gatten und dem Kinde gegenüber verlangen hier gebieterisch die Zulassung der nachträglichen Heilung der Ehenichtigkeit durch den Wegfall des Ehehindernisses [84].

---

[84] Vgl. Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen S. 127, der für den Parallelfall

Selbst dann, wenn vor Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses während oder kurz vor Abschluß des Verfahrens – man denke daran, daß die Ermittelungen abgeschlossen und nur der Beschluß noch aussteht – der Mann stirbt, sprechen alle Umstände für die gleiche Lösung. Gewiß kann man hier einwenden, in diesem Fall sei beim Tode des Mannes das Hindernis noch gar nicht weggefallen gewesen, da ja das Verfahren noch nicht beendet gewesen sei. Einer derartigen Argumentation könnte allerdings der Vorwurf rein formalen Denkens nicht erspart bleiben.

Die hier befürwortete Lösung geht davon aus, daß in vielen Fällen die Gatten der für nichtig erklärten Ehe weiterhin zusammenleben werden, wofür insbesondere die Ueberlegung spricht, daß Menschen, die das Zustandekommen einer ehelichen Verbindung zwischen ihnen für derart erstrebenswert hielten, daß sie sich über das staatliche Verbot hinwegsetzten und selbst die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung auf sich nahmen, leicht geneigt sein werden, auch die Nichtigerklärung hinzunehmen, ohne sich voneinander zu trennen.

Grund zu solchem Verhalten braucht nicht notwendig eine verwerfliche Nichtachtung von Gesetz und Gericht zu sein; es kann sehr wohl auch das Verantwortungsbewußtsein gegenüber dem gemeinsamen Kind zusammen mit der Hoffnung auf die nicht allzu ferne Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses und die damit verbundene Möglichkeit erneuter Heirat eine solche Haltung bedingen. Solchenfalls würde die Zulassung nachträglicher Heilung nur die rechtliche Anerkennung eines tatsächlichen Zustandes sein.

Aber selbst dann, wenn das Zusammenleben der ehemaligen Gatten nicht mehr in dem oben dargelegten Sinn verläuft, verlangt die Rücksichtnahme auf das Kind, daß mit dem Wegfall des Ehehindernisses beide die Verpflichtung zu ehelichem Zusammenleben trifft.

---

aus § 1328 BGB. ebenfalls nachträgliche Heilung annimmt, wenn das Befreiungsgesuch gestellt ist, die Ermittlungen günstig ausgefallen sind, aber vor Erteilung der Befreiung vom Ehehindernis ein Ehegatte stirbt und dadurch die Ehe aufgelöst wird. Hierzu ist für unseren Gedankenzusammenhang recht bemerkenswert das Zugeständnis von Maßfeller, a.a.O., S. 3430, der erklärt: „Für die Auffassung von Thiesing lassen sich beachtliche Gründe anführen." (!)

b) Was für die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses gesagt ist, muß in gleicher Weise für die Heilung der Ehehindernisse der Buchstaben *a* und *c* gelten; der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß eine Heilung des Hindernisses des Buchstaben *d* ausgeschlossen ist.

c) War in den oben aufgezählten Fällen eine andere Entscheidung ohne Knebelung des Rechtsgefühls unmöglich, so ändert sich die Situation dann, wenn der gesunde Teil der für nichtig erklärten Ehe eine sich ihm bietende Gelegenheit zu neuer Heirat nutzt und sich mit einem gesunden Ehepartner ehelich verbindet. Es ist Maßfeller und Knothe darin beizustimmen, daß dieser Gatte nun nicht ständig sich in der Gefahr wähnen darf, die Krankheit seines ehemaligen Gatten könne heilen und die damit verbundene Heilung der Nichtigkeit der ersten Ehe bewirke, daß er nun in verbotener Doppelehe lebe. Eine derartige Handhabung des Gesetzes hieße den Bogen überspannen mit der Folge, daß eine Mehrung der Konkubinate einträte. Offensichtlich würde man damit das Gegenteil dessen erreichen, was vom Gesetz erstrebt wird. Man darf demnach die Heilungsmöglichkeit der Ehenichtigkeit soweit nicht ausdehnen.

Die Grenze muß die erneute Eheschließung des gesunden Teils sein.

Es ist zuzugeben, daß auch diese Lösung zu Härten führen kann. Man denke daran, daß die Frau einer für nichtig erklärten Ehe sich mit einem gesunden Partner verlobt hat und nun das der Gültigkeit ihrer ersten Ehe entgegenstehende Hindernis wegfällt. Möglicherweise hat sich die von ihr bei Eingehung der verbotenen Ehe gehegte Hoffnung auf ein harmonisches Eheleben als trügerisch erwiesen, sodaß sie die Nichtigerklärung begrüßte, und nun ist sie mit einem Male ohne ihr Zutun wieder mit jenem Manne verheiratet, ja rechtlich ist es so anzusehen, als seien sie und ihr Gatte immer Eheleute gewesen. Dabei ist allerdings zu beachten, daß vom gesundheitlichen und erbbiologischen Standpunkte aus diese Ehe nun erwünscht ist, daß die Kinder ehelich werden und daß sich schließlich — jedenfalls wohl nach der zu erwartenden Reform des Ehescheidungsrechtes — den Gatten dann, wenn sie sich vollkommen entfremdet sein sollten, eine andere gesetzliche Möglichkeit bieten wird, diese Ehe zu lösen.

§ 9: Die Problematik des § 4 EGG.

I. In den Erläuterungen zu § 4 EGG. vertritt Brandis die Auffassung, es sei nach der Nichtigerklärung einer im Sinne des EGG. nichtigen Ehe dem freien Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen, ob sie wegen der Zuwiderhandlung gegen § 1 EGG. Anklage erheben wolle oder nicht [85].

Es erhellt sofort, daß — sollte diese Meinung richtig sein — es sich hier um eine Ausnahme vom Grundsatz des § 152 StPO. handeln müßte, der die Verpflichtung für die Staatsanwaltschaft begründet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Ausnahmen von dem genannten Grundsatz sind zwar möglich, sieht doch § 152 Abs. 2 StPO. diese Möglichkeit ausdrücklich vor. Nur dann aber handelt es sich um eine solche Ausnahme, wenn gesetzlich ein anderes bestimmt ist.

Schon prima facie spricht aber eine Vermutung dafür, daß auch bezüglich des *§ 4 EGG.*, bei dem es sich doch um eine gewöhnliche Strafvorschrift handelt, das Legalitätsprinzip Anwendung findet. Zur Gewißheit wird diese Vermutung durch die Feststellung, daß eine das Legalitätsprinzip ausschließende Bestimmung im § 4 EGG. nicht vorhanden ist.

Dieses nach dem Wortlaut des § 152 StPO. und dem des § 4 EGG. unzweifelhaft richtige Ergebnis erhält eine weitere Begründung durch die folgende Ueberlegung: Das EGG. selbst enthält ein Indiz dafür, daß auch hinsichtlich der Vergehen gegen die Eheverbote der Verfolgungszwang eingreift. § 5 EGG. bestimmt nämlich, daß ein Ausländer, der dem Gesetz zuwider gehandelt hat, nur dann zu verfolgen ist, wenn der Reichsminister der Justiz im Einvernehmen mit dem Reichsinnenminister hierzu besondere Anweisung erteilt hat. Diese Vorschrift geht doch offensichtlich von der Voraussetzung aus, daß es in allen anderen Fällen bei der Regel des § 152 StPO. bleiben soll.

---

[85] Brandis a.a.O. S. 145, 2.

Die Möglichkeit, im Einzelfalle von der Verfolgung einer Zuwiderhandlung gegen die Eheverbote des EGG. abzusehen, könnte höchstens § 153 Abs. 2 StPO. begründen. Danach kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Verfehlungen gegen die Eheverbote erscheint aber höchst zweifelhaft, wenn man die Tragweite des EGG. für die Volksgesamtheit bedenkt. Die Folgen der Tat sind hier immer bedeutend.

II. Im Anschluß an das erörterte Problem bedarf die Frage einer Prüfung, ob die Staatsanwaltschaft eine Verpflichtung zur Erhebung der Nichtigkeitsklage trifft, wenn ihr ein Tatbestand des § 3 EGG. bekannt wird.

1. Anlaß zu solcher Fragestellung bietet die Feststellung, daß einerseits bezüglich der Verstöße gegen die Eheverbote Verfolgungszwang besteht, anderseits nur die Staatsanwaltschaft imstande ist, die Strafverfolgungsvoraussetzung zu schaffen[86]. Begründet dieser Umstand eine Verpflichtung zur Erhebung der Nichtigkeitsklage?

---

[86] Auch Brandis ist der Meinung, daß es sich im § 4 Abs. 2 EGG. um eine Strafverfolgungs-, d. h. Prozeßvoraussetzung handelt (S. 145, 2). Stuckart-Globke sprechen einmal von Bedingung für die Straf v e r f o l g u n g (182, 2), an einer anderen Stelle aber von einer Bedingung der Straf b a r k e i t (183, 3). Im Kommentar von Gütt-Linden-Maßfeller findet sich sowohl der Ausdruck V o r a u s s e t z u n g der Strafbarkeit (107) als auch B e d i n g u n g der Strafbarkeit (108).

Da nun die Begriffe „Bedingung der Strafbarkeit" einerseits und „Voraussetzung der Strafverfolgung" andererseits streng voneinander zu unterscheiden sind, kann angesichts dieser Verwirrung anstiftenden Ausdrucksweise ein kurzes Eingehen auf den Rechtscharakter der Vorschrift nicht umgangen werden.

Sowohl der Wortlaut als auch der Sinn lassen keinen Zweifel daran zu, daß es sich bei der fraglichen Bestimmung um eine Strafverfolgungs-, d. h. Prozeßvoraussetzung handelt. Da die Nichtigerklärung der Ehe immer später liegen wird als der Verstoß gegen das Verbot des § 1 EGG., spricht schon nach der Beling'schen Auslegungsregel, — im Zweifel seien alle der Tat nachhinkenden Umstände als bloße Prozeßvoraussetzungen zu werten (Lehre vom Verbrechen S. 68) — eine Vermutung dafür, daß es sich auch in unserem Falle um eine Prozeßvoraussetzung handelt.

Prima facie könnte die ungeheure Bedeutung des neuen Gesetzes zu der Annahme führen, eine solche Verpflichtung sei unumgänglich, um dem Verbot des § 1 EGG. die nötige Achtung zu verschaffen.

2. Dieser Annahme stehen indessen bedeutsame Gründe entgegen.

Zunächst liegt die Parallele zum BGB. nahe. Hätte der Gesetzgeber eine gegenteilige Regelung beabsichtigt, so wäre eine ausdrückliche Bestimmung am Platze gewesen.

Ein weiteres Argument gegen jene Annahme ist darin zu erblicken, daß die Verpflichtung zur Erhebung der Nichtigkeitsklage zur Vernichtung aller im Sinne des EGG. nichtigen und der Staatsanwaltschaft bekannt gewordenen Ehen führen würde. Diese Konsequenz liegt aber durchaus nicht im Sinne des Gesetzes. Es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen die Staatsanwaltschaft mit Rücksicht auf den baldigen Wegfall des Ehehindernisses von einer Klageerhebung absieht. Man denke etwa an Fälle, wo der eine Gatte wegen Verschwendung entmündigt ist, während der Ehe aber seinen Hang zu unnötigen Geldausgaben verloren hat, sodaß mit der baldigen Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses zu rechnen ist. Es wäre doch widersinnig, wollte man die Gemeinschaft dieser Gatten all den Unannehmlichkeiten aussetzen, die nun einmal mit einem Prozeß verbunden sind, obschon in Bälde ihrer erneuten vollwirksamen Eheschließung nichts im Wege stände.

Für diese Annahme läßt sich weiterhin die Klammerverweisung im Abs. 1 der fraglichen Vorschrift anführen, die doch offensichtlich zum Ausdruck bringen soll, daß die Strafbarkeit der Handlung mit der Erfüllung des Tatbestandes des § 3 EGG. gegeben ist.

Strafbar ist die Tat demnach im Augenblick der vollendeten Täuschung des Gesundheitsamtes oder des Standesbeamten; ihre Verfolgung hängt allerdings von der Nichtigerklärung der Ehe ab.

Rittler (Festg. f. Reinhard v. Frank 1930, S. 1 f. „Strafbarkeitsbedingungen") weist darauf hin, daß der hier angeschnittenen Frage im allgemeinen keine große praktische Bedeutung beizumessen ist, denn — ganz gleich, ob es sich um eine echte Bedingung der Strafbarkeit oder nur um eine Strafverfolgungsvoraussetzung handelt — immer ist eine Bestrafung des Täters ausgeschlossen. Aber einmal gewinnt die Unterscheidung an Wert, dann nämlich, wenn ein Prozeß anhängig gemacht worden ist und die Nichtigerklärung der Ehe fehlt. In einem derartigen Fall müßte Einstellung des Verfahrens erfolgen, wenn man annimmt, es handle sich um eine Prozeßvoraussetzung; hingegen wäre der Täter freizusprechen, wenn man die Nichtigerklärung für eine echte Bedingung der Strafbarkeit hielte.

Schließlich aber wäre — unterstellt man die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Erhebung der Nichtigkeitsklage — die Vorschrift des § 3 Abs. 2 EGG. nicht recht verständlich, würde sie doch nur für solche Fälle Bedeutung besitzen, die nicht zur Kenntnis der Staatsanwaltschaft gelangt sind. Es ist aber nicht einzusehen, daß der Gesetzgeber eine Heilungsmöglichkeit für solche nichtigen Ehen schaffen wollte, deren Gatten es verstanden haben, ihren Betrug der Staatsanwaltschaft zu verheimlichen.

Gerade die Ermessensfreiheit der Staatsanwaltschaft in dieser Frage verleiht dem EGG. seine große Elastizität, die es ermöglicht, der Vielgestaltigkeit der Fälle gerecht zu werden.

Die gegenteilige Regelung wäre unverständlich im Hinblick auf den Ausschluß des § 1329 BGB. im Rahmen des EGG. Würde doch die Ausschaltung jener Bestimmung dem Ergebnis nach aufgehoben, da jede der Staatsanwaltschaft bekannte nichtige Ehe vernichtet würde.

§ 10: Ausdehnung des in § 1 Abs. 1 Buchstabe d in Verbdg. mit § 1 Abs. 2 EGG. enthaltenen Gedankens zu einem allgemeinen Verbot der Eheschließung zwischen einer erbgesunden fortpflanzungsfähigen und einer unfruchtbaren Person?

I. Die Zeitung „Germania" brachte am 6. November 1936 in Nr. 306 einen Artikel: „Das Gesetz und seine Grenzen". Darin wurde folgende Entscheidung veröffentlicht: „Ein Gesundheitsamt hatte zwei Verlobten das Ehetauglichkeitszeugnis versagt, weil einer der Verlobten infolge einer Operation unfruchtbar geworden war. Gegen das Versagen des Ehetauglichkeitszeugnisses hat die Maria H. den Entscheid des Erbgesundheitsgerichtes angerufen. Das zuständige Erbgesundheitsgericht hat beschlossen, daß ein Ehehindernis nicht vorliege. Gegen diese Entscheidung hat der Leiter des Gesundheitsamtes rechtzeitig Beschwerde erhoben. Er führt aus, in der Begründung zu dem Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes vom 18. Oktober 1935 sei zu § 1 Buchstaben d gesagt: Da der Sinn der Ehe in der Er-

zeugung von Nachkommenschaft liege, solle eine gesunde zeugungs- bzw. gebärfähige Person nicht an einen unfruchtbaren Partner gebunden werden. Aus dieser Aeußerung sei der Rechtssatz zu entnehmen, daß eine gesunde, zeugungsfähige Person nicht einen unfruchtbaren Partner heiraten dürfe".

Das Erbgesundheitsobergericht hat daraufhin der erwähnten Zeitungsnotiz zufolge die Beschwerde zwar für zulässig erklärt, aber als unbegründet verworfen und sich für diese Entscheidung namentlich auf die folgenden beiden Argumente gestützt:

1. auf die Begründung zum Gesetz, insbesondere auf den Satz: „In der Erkenntnis, daß durch Eheverbote nur die schwersten Gefahren abgewendet werden können, werden diese Verbote auf die im Gesetz aufgeführten Fälle beschränkt; in allen übrigen Fällen, in denen aus anderen gesundheitlichen Gründen Bedenken gegen eine Eheschließung bestehen, muß es der Selbstverantwortung jedes einzelnen Volksgenossen überlassen bleiben, ob er dem Rat des Eheberaters folgen will". Das Gesetz habe also bewußt die Eheverbote auf ganz bestimmte Fälle beschränkt, eine Erweiterung durch die Rechtsprechung im Wege der Auslegung sei deshalb ausgeschlossen.
2. Das Erbgesundheitsobergericht stützt sich nach dem zitierten Zeitungsbericht weiterhin auf den Zweck des Gesetzes, den es darin sieht, gesundheitlich unerwünschte Ehen zu verhindern, insbesondere solle die Entstehung erbkranken Nachwuchses unterbunden werden. Das Ziel sei demnach ein biologisches, nicht ein bevölkerungspolitisches. Die Maßnahmen des Gesetzes beschränkten sich auf die Erreichung dieses biologischen Zieles. Nur da, wo biologische und bevölkerungspolitische Gesichtspunkte sich berührten, würden auch die letzteren berücksichtigt.

Schmidt-Klevenow[87] begegnet dem ersten Argument mit dem Hinweis darauf, daß die Begründung von Gründen gesundheitlicher Art spreche. Damit seien nur Umstände gemeint, die zwar

[87] Deutsches Recht 1937, Heft 1/2, S. 28, Kritische Umschau: „Ehegesundheitsgesetz und unfruchtbare Ehen".

nicht ausreichten, um eine Eheschließung nach § 1 Abs. 1 Buchst. a EGG. zu untersagen oder eine Erbkrankheit im Sinne des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses zu begründen, die aber trotzdem eine Eheschließung im Interesse des anderen Ehepartners unerwünscht erscheinen lassen. In solchen Fällen appelliere der Gesetzgeber an das Verantwortungsbewußtsein der einzelnen Volksgenossen. Dort aber, wo es sich nicht um gesundheitliche Bedenken, sondern darum handele, das Interesse des Staates an der zu erwartenden Nachkommenschaft herauszustellen, könne diese Begründung nicht herangezogen werden, sondern es entscheide der Sinn und Zweck des Gesetzes. Sinn und Zweck des Gesetzes verböten aber auch eine Eheschließung in Fällen wie dem vorliegenden.

Allerdings: wenn es in der Begründung zum EGG. heißt, daß die Eheverbote auf die im Gesetz aufgeführten Fälle beschränkt seien und es in allen übrigen Fällen, in denen andere gesundheitliche Gründe gegen eine Eheschließung sprächen, der Selbstverantwortung des einzelnen überlassen bleiben müsse, ob er dem Rat des Eheberaters folgen wolle oder nicht, so mag das prima facie gegen jede analoge Ausdehnung des Gesetzes sprechen. Aber Schmidt sucht diesen Satz der Begründung dadurch zu entkräften, daß er dem Begriff „gesundheitliche Gründe" die bereits oben wiedergegebene besondere (enge) Auslegung gibt.

Es ist Schmidt zuzugeben, daß die Eheverbote zweierlei bezwecken, nämlich die Förderung von Ehen, aus denen gesunder Nachwuchs hervorgehen kann, und den Schutz des einzelnen Verlobten vor einer ihn gefährdenden Heirat.

Sehr klar kommt die Unterscheidung im Buchstaben a des § 1 EGG. zum Ausdruck, wonach eine Ehe dann verboten ist, wenn einer der Verlobten an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit leidet, die eine erhebliche Schädigung der Gesundheit des anderen Teils *oder* der Nachkommen befürchten läßt.

Diese Unterscheidung rechtfertigt aber keineswegs den von Schmidt gezogenen Schluß, wonach unter gesundheitlichen Gründen nur die im Interesse des anderen Ehepartners aufgestellten Verbote gemeint seien. Offenbar gebraucht doch die Begründung den Begriff „gesundheitlich" in demselben Sinne wie ihn der Titel des Gesetzes in dem Wort „Ehe-

gesundheitsgesetz" benutzt. Dieser Begriff als Gesetzestitel umfaßt aber alle dem Gesetz innewohnenden Tendenzen, also sowohl die im Interesse des anderen Gatten wie auch die im Hinblick auf einen gesunden Nachwuchs gerichteten Bemühungen und die Gründe für die entsprechenden Eheverbote. Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß der fragliche Satz der Begründung dahin verstanden werden muß, daß in allen übrigen Fällen, in denen andere gesundheitliche, d. h. den im Gesetz aufgeführten nahe verwandte Gründe Bedenken gegen eine Eheschließung erzeugen, die Entscheidung dem einzelnen überlassen bleiben muß.

Die Beweisführung von Schmidt kann demnach die Argumentation des Erbgesundheitsobergerichts nicht entkräften.

II. Die weitere Untersuchung geht folgenden Weg: Zunächst wird versucht, den Sinn und Zweck des Gesetzes zu ergründen, sodann die Bedeutung der Gesetzesbegründung für seine Auslegung zu würdigen, insbesondere festzustellen, inwieweit die Begründung imstande ist, eine dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechende Analogie zu verhindern.

1. Das Erbgesundheitsobergericht sieht den **Zweck des Gesetzes** in der Verhinderung gesundheitlich unerwünschter Ehen und in der Unterbindung der Entstehung erbkranken Nachwuchses. Das Ziel des Gesetzes, so meint es, sei ein biologisches, nicht ein bevölkerungspolitisches.

Zwar scheint die Form des Gesetzes, insbesondere die Aufstellung von Ehehindernissen für jene Auffassung zu sprechen. Aber dieses Verbot des § 1 EGG., „in bestimmten Fällen eine Ehe nicht zu schließen, ist nur die Kehrseite des Gebotes, sich den Ehepartner zu suchen, mit dem dem Volk eine gesunde und tüchtige Nachkommenschaft gegeben werden kann. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Gesetz zu betrachten"[88].

Bedenkt man, daß das Gesetz zu den Maßnahmen der fördernden Erb- und Rassenpflege gehört, so muß man die Auffassung des Obergerichts als falsch bezeichnen. Denn nicht so sehr die Verhütung erbkranken Nachwuchses ist die Aufgabe des EGG., als vielmehr in erster

---

[88] Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 46, I.

Linie die Förderung von Eheschließungen, die gesunden Nachwuchs hervorzubringen imstande sind. In diesem Zusammenhang sagen Gütt-Linden-Maßfeller: „Es ist ein Ehegesundheitsgesetz, ein Gesetz, das in seiner Auswirkung die Ehe ihrem wirklichen Zweck, nämlich der Erzeugung gesunder Kinder, wieder zuführen will“ [89].

Diese Behauptungen über Sinn und Zweck des Gesetzes sollen im folgenden an Hand der einzelnen Verbotstatbestände bewiesen werden.

a) Buchst. *a* verbietet die Eheschließung, wenn der eine Verlobte an einer ansteckenden Krankheit leidet, die eine erhebliche Schädigung der Gesundheit des anderen Teils oder der Nachkommenschaft befürchten läßt. Das Gesetz schützt demnach einerseits die Gesundheit des anderen Verlobten und die etwa schon vorhandenen Kinder als Teile des Volkes und verhindert anderseits die Zeugung von Nachwuchs, der einer ständigen Ansteckungsgefahr ausgesetzt sein würde. Indem es aber dem Gesunden die Heirat mit dem Kranken verbietet, sucht es gleichzeitig zu erreichen, daß sich der gesunde Verlobte einen ebenso gesunden Partner zum Gatten wählt, mit dem er dem Volk gesunde Kinder schenken kann. Das aber — die gesunde fortpflanzungsfähige Ehe — ist, wie schon der Gesetzestitel andeutet, das Ziel.

In diesen Bestrebungen liegen unzweifelhaft bevölkerungspolitische Momente, wenn man unter Bevölkerungspolitik die Tätigkeit begreift, deren Ziel die Erhaltung, Förderung und Mehrung des Volkstums ist. Man kann diese Zielsetzung auch biologisch nennen, aber eine Zerlegung der Bestrebungen zu versuchen in diese und jene und zu behaupten, das Gesetz verfolge nur biologische und nicht bevölkerungspolitische Zwecke, geht nicht an.

b) Das Verbot des Buchstaben *b* sucht — das geht besonders deutlich aus der Begründung zum EGG. hervor [90] — zu verhindern, daß sich die vielfach schlechten Veranlagungen entmündigter Personen auf die Nachkommenschaft übertragen, und unterbindet das Zu-

---

[89] Gütt-Linden-Maßfeller a.a.O. S. 23.

[90] Vgl. die Begründung zum EGG. abgedr. bei Gütt-Linden-Maßfeller S. 38 unten.

standekommen von Ehen, deren Verlauf aller Wahrscheinlichkeit nach unglücklich werden wird und der deutschen Auffassung von der Ehe nicht entspricht. Damit macht sich das Gesetz zum Verwirklicher dieser Anschauung von der Ehe, denn durch sein Verbot, eine diesen Grundsätzen widersprechende Ehe einzugehen, will es den gesunden Verlobten in eine erwünschte Verbindung führen helfen.

c) Dieser bevölkerungspolitisch fördernde Gesetzescharakter, der den einen Verlobten als Glied des Volkes gesund erhalten will, um ihn zur Fort- und Höherentwicklung des Volksganzen wirksam einzusetzen, kehrt auch im Tatbestand des Buchstaben *c* wieder. Auch hier zeigt sich das Bestreben, einerseits schädliche Einwirkungen des Geistesgestörten auf den Partner zu verhindern und eine Fortpflanzung seiner Anlagen unmöglich zu machen, darüber hinaus aber den gesunden Teil durch dieses Verbot der gesunden Ehe zuzuführen.

d) In diesem Zusammenhang ist der Tatbestand des Buchstaben *d* insofern besonders beachtenswert, als in ihm die sonst hinter dem Wortlaut des Gesetzes liegenden Bestrebungen, gesunde fortpflanzungsfähige Ehen zu erzielen, unmittelbar aus dem Text zu entnehmen sind. Das erhellt aus dem Verbot der Heirat eines unfruchtbar gemachten Erbkranken mit einem gesunden Partner. Hier spricht das Gesetz mit Deutlichkeit aus, eine gesunde fortpflanzungsfähige Person soll nicht an einen unfruchtbar gemachten Partner gebunden werden, sondern sich einen ebenso gesunden fortpflanzungsfähigen Menschen zum Gatten wählen, damit er der Gemeinschaft Kinder schenken kann und zur Erhaltung des Volkes beiträgt.

Diese bevölkerungspolitische und biologische Tendenz ist hier so stark ausgeprägt, daß die sonst immer nebenher auftretende Bestrebung des gesundheitlichen Schutzes des anderen Verlobten in den Hintergrund tritt, da ja bei den Erbkrankheiten im allgemeinen eine gesundheitliche Gefährdung des Ehegatten nicht eintreten kann.

Da aus einer solchen Ehe auch kein erbkranker Nachwuchs hervorgehen kann, dürfte auch das Argument des Obergerichts widerlegt sein, wonach die Verhütung erbkranken Nachwuchses Hauptzweck des Gesetzes ist.

2. Für die folgende Untersuchung ist davon auszugehen, daß der das ganze Gesetz beherrschende, die gesunde, fortpflanzungsfähige Ehe erstrebende Gesetzescharakter im Tatbestand des Buchstaben d nur besonders klar Gestalt gewonnen hat, daß es sich dort also nicht um eine isolierte, von den anderen Bestimmungen unterschiedliche Vorschrift handelt.

Dieser Gedanke des Gesetzes, Eheschließungen zu fördern, aus denen gesunder Nachwuchs zu erwarten ist, insbesondere also den falschen Einsatz gesunder fortpflanzungsfähiger Menschen dadurch zu verhindern, daß ihnen die Eheschließung mit unfruchtbaren Personen verboten wird, ist durchaus einer Ausdehnung im Wege der Analogie fähig. Bei dieser Tendenz des Gesetzes kann es, wie mit Schmidt festzustellen ist, keinen Unterschied machen, ob es sich um einen unfruchtbaren Erbkranken oder um eine aus einem anderen Grunde nicht fortpflanzungsfähige Person handelt. Auch durch die Ehe einer fortpflanzungsfähigen mit einer natürlich unfruchtbaren oder durch operativen Eingriff unfruchtbar gewordenen Person wird der Gemeinschaft Nachkommenschaft vorenthalten. Da an sich eine Entscheidung in diesen Fällen nach dem Gesetz möglich ist, handelt es sich also nicht um eine echte, sondern um eine unechte Lücke im Gesetz im Sinne Zitelmanns. Das aufgeworfene Problem entsteht erst dadurch, daß man die sich aus der Gesetzesanwendung ergebende Entscheidung „sachlich beanstandet“ [91]. Man vermißt also in unserem Falle eine Gleichbehandlung des der Entscheidung des Erbgesundheitsobergerichts unterliegenden Falles mit dem im Buchstaben d geregelten.

Allen diesen Erwägungen steht aber der Wortlaut der amtlichen Gesetzesbegründung entgegen.

a) Bei Fehlen der Begründung würde die Lösung unseres Falles im Wege einer analogen Gesetzesanwendung auf viel geringere Schwierigkeiten stoßen, da man solchenfalls unterstellen könnte, der Gesetzgeber habe bei Erlaß des Gesetzes Fälle wie den unseren noch nicht erkennen können und „im allgemeinen dürfte es eher gerechtfertigt sein, einen ge-

---

[91] Zitelmann, Lücken im Recht 1903 S. 24.

gebenen Rechtssatz auf solche von ihm nicht erfaßte Tatbestände entsprechend anzuwenden, die zur Zeit der Schaffung des Rechtssatzes in dieser Art noch nicht vorkamen, aber eine Regelung im Sinne jenes Satzes verlangen, als auf solche Tatbestände, die von dem Rechtssatz nicht erfaßt werden, obwohl sie zur Zeit seiner Schaffung schon vorlagen. Im letzteren Falle spricht die Vermutung dafür, daß der Gesetzgeber sie eben nicht in dieser Weise entscheiden wollte"[92].

Riezler fügt diesen Ausführungen die Bemerkung hinzu, eine schlechthin durchgreifende Regel lasse sich aber nicht aufstellen, und weist damit auf die Problematik der Analogie hin.

Die Situation in unserem Falle ist demnach die: Sinn und Zweck des Gesetzes fordern die Gleichbehandlung des oben angeführten Falles mit den im § 1 I d und Abs. 2 EGG. niedergelegten Tatbeständen; die Begründung spricht sich gegen eine analoge Gesetzesanwendung aus.

b) Vor Weiterführung der Erörterung sei darauf hingewiesen, daß einer Analogie keineswegs die Beschränkung des Gesetzes entgegensteht, Eheverbote nur in bestimmten Fällen auszusprechen, denn die entsprechende Anwendung des Buchstaben d in Verbdg. mit Abs. 2 ist nur das Zu-Ende-Denken der Gesetzestendenz.

Die Frage lautet demnach: Ist die Begründung imstande, die vom Sinn des Gesetzes geforderte analoge Anwendung zu unterbinden?

Die Beifügung einer amtlichen Begründung zu einem Gesetz ist etwas Neues. Veranlassung dazu bot offenbar die Tatsache, daß Motive und Verhandlungsprotokolle bei den heutigen sog. Regierungsgesetzen nicht existieren. Es erschien demnach angebracht, für die Gesetzesanwendung wenigstens einige im Ressortministerium verfaßte und den Ressortstandpunkt kennzeichnende Richtlinien herauszugeben. Die Begründung ist aber nicht im Reichsgesetzblatt veröffentlicht, sie trägt nicht die Unterschrift der federführenden Minister und vor allem nicht des Führers und Reichskanzlers als des Mannes, aus dessen Entscheidung der Gesetzesbefehl letztlich allein stammt. Die Begründung ist also nicht Gesetz, und damit dürfte ihre sekundäre Bedeutung bereits gekennzeichnet sein.

---

[92] Staudinger-Riezler, 10. Aufl. 1936, Einl. VII, 3a, Erl. 63, 64 S. 35.

Sicherlich ist der Wille des Gesetzgebers für die Anwendung eines Gesetzes höchst beachtlich. Es geht aber nicht an, diesen Willen aus irgendwelchen außerhalb des Gesetzes liegenden Quellen zu ermitteln; entscheidend muß vielmehr sein, wie dieser Wille im Gesetz Ausdruck gefunden hat. In diesem Zusammenhang sagt neuerdings Elster[93]: „Es sind auch künftig nicht auf direktem Wege aus Ueberzeugungen und Anschauungen irgendwelcher, wenn auch berechtigter Art, Entscheidungen herzuholen –, das hieße ja praeter legem urteilen –, sondern im allgemeinen nur aus dem betreffenden Gesetz als Ganzem herzuholen, was Volksanschauung und berechtigte Ueberzeugung verlangen und in der betreffenden Einzelvorschrift ausdrücken wollten".

Und Riezler[94] ist beizustimmen, wenn er sagt, daß nach der Publikation das Gesetz auf sich ruhe, „gehalten durch die eigene Kraft und Schwere, erfüllt von eigenem Sinn", und daß dann an die Stelle des Gesetzgebers das Gesetz getreten sei. Für die Anwendung sei demnach Sinn und Zweck, wie er im Gesetz zum Ausdruck komme, maßgebend.

Damit erledigt sich auch das Bedenken, die gegen die Begründung erfolgende, zu einer Ausdehnung der Eheverbote führende analoge Anwendung des Gesetzes sei ein Ungehorsam gegen den Führerbefehl. Führerbefehl ist nur das Gesetz, und für seine Auslegung entscheidend der in ihm zum Ausdruck kommende Wille.

Wenn aber, wie hier, *Sinn und Zweck des Gesetzes eine analoge Behandlung von gleichgelagerten Fällen* zulassen, ja: *geradezu fordern*, weil es für die Erhaltung, insbesondere aber für die notwendige Vermehrung des Volksbestandes unumgänglich ist, daß alle gesunden fortpflanzungsfähigen Kräfte vor dem Brachliegen bewahrt werden, so *kann selbst der eindeutige Wortlaut der Gesetzesbegründung nicht hemmend wirken*; ist es doch nicht angängig, eine im Gesetz liegende und von den Umständen geforderte Wirkungsmöglichkeit außer Acht zu lassen, weil die Begründung widerspricht.

---

[93] Elster: Artikel „Analogie und Formalrecht". In: Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36, herausgegeben von Volkmar-Küchenhoff-Elster; zugleich Handwörterb. d. Rechtswissensch. Bd. VIII: Der Umbruch 1933–1936, S. 24.

[94] Riezler in Staudinger, 9. Aufl. 1925, VI, 2 S. 18.

3. Die hiernach grundsätzlich zu bejahende analoge Anwendung des Gesetzes, insbesondere seines Buchstaben d in Verbdg. mit Abs. 2, auf den obigen Fall birgt ein neues Problem in sich, das auf den ersten Blick als schwer zu überwinden erscheinen mag und Zweifel an der praktischen Brauchbarkeit der Zulassung der Analogie aufkommen läßt.

Die zu beantwortende Frage lautet: Soll in Zukunft etwa auch die Eingehung einer Ehe zwischen einem 55jährigen Mann und einer 50jährigen Witwe, die drei Kinder hat, verboten sein? — wobei Veranlassung zu solcher Fragestellung der Umstand ist, daß ja eine Frau in diesem Alter regelmäßig unfruchtbar ist.

Es erhellt sofort, daß eine derartige eheliche Verbindung nicht nur nicht unerwünscht ist, sondern daß sich mannigfache Gründe anführen lassen, die ihre Eingehung im Interesse der Volksgemeinschaft als erwünscht erscheinen lassen. So können durch sie unmündige Kinder einen zweiten, ihre erzieherische Entwicklung günstig beeinflussenden Vater bekommen, außerdem kann die Eheschließung ihnen die Aussicht auf eine spätere Erbschaft eröffnen.

Vergegenwärtigt man sich nun, daß der Grundgedanke des Gesetzes und auch der der analogen Anwendung des Buchstaben d in Verbdg. mit Abs. 2 in dem Bemühen zu sehen ist, fortpflanzungsfähige Menschen in eine gesunde fortpflanzungsfähige Ehe zu bringen, sie insbesondere nicht an einen fortpflanzungsunfähigen Menschen zu binden, so muß man feststellen, daß solchen Erwägungen hier der Boden fehlt. Die analoge Gesetzesanwendung soll bezwecken, die Vermehrung des Volkskörpers durch gesunde Kinder dadurch zu unterstützen, daß man fortpflanzungsfähige Menschen hindert, unfruchtbare Partner zu ehelichen, und sie dadurch zwingt, sich einen gleichwertigen Partner zu suchen, um so in den Fortpflanzungsprozeß wirksam eingeschaltet zu werden. Immer handelt es sich dabei um Personen, *die bei richtiger Gattenwahl dem Staat noch gesunde Kinder schenken und deren Aufzucht durchführen können.*

Bei dem Ehevorhaben der 50jährigen Witwe sind jene Bestrebungen falsch am Platze, denn bei dieser Frau handelt es sich nicht um eine an sich unfruchtbare Person, sondern hier ist die Unfruchtbarkeit nur die natürliche Folge des Alters.

Aus dem Bisherigen ergibt sich: Bei der Frage, ob ein Fall analog dem Buchstaben d in Verbdg. mit Abs. 2 zu entscheiden ist, kommt es wesentlich darauf an, daß ohne Anwendung des Gesetzes eine zur Zeugung oder Gebärung und Aufzucht von gesunden Kindern geeignete Person vom Fortpflanzungsprozeß ferngehalten werden würde. Mithin kann festgestellt werden, daß nicht die Analogie des Gesetzes überhaupt, sondern nur ihr Anwendungsbereich problematisch ist. Der Lösung näher führt folgende Ueberlegung:

Die Zulassung der Analogie hat ihren Grund in dem Bemühen, den Sinn und Zweck des Gesetzes möglichst in vollem Maße zur Auswirkung kommen zu lassen. Selbstverständlich muß sie in dem Augenblick unzulässig sein, wo sie nicht mehr nützlich und dem Gesetz entsprechend, sondern ihm entgegengesetzt wirkt. Sie muß ferner dort unterbleiben, wo die notwendigen Voraussetzungen für ihre Anwendung fehlen.

Allen diesen Forderungen wird man gerecht, wenn man auch hier, wie im § 1, I c EGG. das Interesse der Volksgemeinschaft zum Kriterium erhebt und der Analogie die Formulierung verleiht: Verboten ist die Eheschließung zwischen einer gesunden fortpflanzungsfähigen und einer unfruchtbaren Person, sofern nicht die Ehe im Interesse der Volksgemeinschaft erwünscht ist.

Unter Zugrundelegung dieser Formulierung ist es möglich, allen Fällen gerecht zu werden. Dann gilt es für den Amtsarzt, im Einzelfalle zu entscheiden, ob er etwa dem 39jährigen Mann die Erlaubnis zur Heirat mit einer 46 jährigen Frau geben soll. Maßgebend dabei müssen Umstände wie die sein, ob von einem Gatten Kinder mit in die Ehe gebracht werden, die deren Schließung rechtfertigen, ob der Mann gesund ist, sodaß eine Kinderzeugung von ihm erwünscht erscheint oder nicht. Erscheint die beabsichtigte Eheschließung erwünscht etwa im Hinblick auf die vorhandenen Kinder, so soll sie zugelassen werden; sind aber keine Kinder vorhanden, und erscheint der Mann noch fähig, selbst eine Familie zu gründen, so muß ihm diese Eheschließung untersagt und er damit gezwungen werden, sich einen fruchtbaren Partner zu suchen.

Man kann dieser Lösung nicht entgegenhalten, sie bürde den entscheidenden Aerzten zu schwere Aufgaben auf, denn die Anforderungen, die an sie vom Gesetz gestellt werden, sind sicherlich nicht geringer.

Schließlich sei darauf hingewiesen, daß diese Lösung sich ganz im Rahmen des Gesetzes bewegt, indem sie zu ihrem Kriterium das Interesse der Volksgemeinschaft macht, mithin jenen das Ziel des Gesetzes darstellenden Endpunkt.

Lebenslauf.

Ich, E b e r h a r d Heinrich Richard A u r a s, bin am 5. Juli 1914 als drittes Kind des evangelischen Obergärtners Richard Auras und seiner Ehefrau Emilie geb. Heuthe zu Gladbeck i. W. geboren.

Ich bin evangelisch.

Nach vierjährigem Besuch der Volksschule wurde ich Ostern 1924 in das Städt. Realgymnasium in Gladbeck i. W. aufgenommen. Dort erwarb ich Ostern 1933 das Zeugnis der Reife. Ich studierte dann vier Semester Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn. Im SS. 1935 war ich an der Friedrich-Schiller-Universität zu Jena immatrikuliert; vom Beginn des WS. 1935/36 setzte ich mein Studium in Bonn fort.

Im Dezember 1936 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung.

Für die Anregung zu dieser Abhandlung sowie für vielfachen Rat bei der Durchführung der Arbeit danke ich Herrn Professor Dr. K. Th. K i p p in Bonn herzlich. Die mündliche Promotionsprüfung hat am 20. Oktober 1937 stattgefunden. Seit dem 3. November 1937 genüge ich meiner zweijährigen Dienstpflicht beim Pionier-Bataillon 42.